

El derecho privado en el nuevo paradigma digital

Los nuevos problemas derivados de la digitalización exigen una mejor comprensión del Derecho privado para hacer frente a problemas nuevos y muy complejos. Sin duda, la armonización jurídica en Europa puede contribuir a solucionarlos. Esta se ha visto favorecida últimamente con nuevas directivas sobre compraventa de bienes y contenidos digitales; directivas y reglamentos que disciplinan la actividad de las plataformas que actúan como intermediarios o mercados en línea; y aun otras que plantean novedades en torno a las obras protegidas con derechos de autor y que también inciden en la función de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. Es legislación que gira en torno al comercio electrónico y las estructuras digitales en la contratación, que tanto revolucionan la economía, con cifras de negocio que crecen año tras año, como producen cambios profundos en los derechos privados nacionales. Las normas que se acaban de citar no son las únicas; vienen flanqueadas por tantas otras, como el Reglamento sobre protección de datos o sobre bloqueo injustificado, la directiva sobre privacidad o el paquete de las que integran el llamado new deal o nuevo pacto para la protección de los consumidores. La inteligencia artificial desempeña un papel determinante en la contratación, en relación con el big data y el emparejamiento de contratantes, pero no menores son los retos en el ámbito extracontractual y, en particular, en relación con la conducción autónoma.

De todo ello se discutió en el Congreso internacional de los pasados días 3 y 4 de octubre de 2019, organizado en el marco de las actividades del Grupo de investigación del Profesor Sergio Cámara Lapuente (Proyecto I+D+I DER2017-84748-R) y de la Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo de la Universidad de Barcelona, de la que es titular la Profesora Esther Arroyo Amayuelas, que también contaron con el soporte del Grupo de Investigación (2017 SGR 151) y el Proyecto I+D+I DER2017-82129. Como muchas otras veces, los organizadores disfrutaron de la ayuda material e intelectual del Colegio Notarial de Cataluña y, en particular, del notario de Barcelona, el Dr. Ángel Serrano. Nos congratulamos de haber podido contar con algunos de los mejores juristas españoles y europeos y de poder ofrecer ahora un breve resumen de sus ponencias en las páginas de esta revista. El libro con contenidos ampliados seguirá en breve en la editorial Marcial Pons.

*Esther Arroyo Amayuelas
Sergio Cámara Lapuente
Ángel Serrano de Nicolás*



Las Directivas 2019/770 y 2019/771. Introducción y ámbito de aplicación

Jorge Morais Carvalho *

La Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, y la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea el 22 de mayo de 2019.

Las dos Directivas son complementarias y en ningún caso coinciden en su ámbito de aplicación objetivo. Los asuntos tratados son esencialmente los mismos: conformidad de los productos o contenidos o servicios digitales con el contrato; medidas correctoras en caso de falta de conformidad; modalidades para el ejercicio de estas medidas correctoras.

Estas Directivas representan un reto importante para el Derecho del consumo a escala europea. Se están armonizando cada vez más ámbitos de la legislación, acercándose más a una regulación global de los contratos de consumo en el entorno de la Unión Europea.

Aunque la Directiva 2019/771 concede más libertad a los Estados miembros que la Directiva 2019/770, las similitudes entre las dos Directivas son claramente más significativas que las diferencias.

En cuanto a la venta de bienes de consumo, uno de los principales efectos de la Directiva 2019/771 será la reducción del nivel de protección de los consumidores en muchos Estados miembros.

La Directiva 2019/770 es innovadora en la medida en que los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales no estaban regulados por la legislación de la Unión Europea.

Sobre el ámbito subjetivo de aplicación, las Directivas plantean una interesante cuestión sobre las plataformas digitales. En los considerandos, se refiere que la plataforma será considerada un profesional si actúa “en calidad de socio contractual directo del consumidor”. Cuando no actúe “en calidad de socio contractual directo del consumidor” (o sea, no tenga una relación contractual directa con el consumidor), los Estados miembros son libres de calificar también el prestador de la plataforma como empresario, considerándolo responsable ante el consumidor por cualquier falta de conformidad del bien, contenido digital o servicio digital.

En lo que respecta al ámbito objetivo de aplicación, la Directiva 2019/771 se aplica a los contratos de compraventa y a los contratos “de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse”. Sólo están cubiertos los contratos por los que “el consumidor paga o se compromete a pagar su precio”. No se aplica a los contratos cubiertos por la Directiva 2019/770. La Directiva 2019/771 también se aplica plenamente a los denominados “bienes con elementos digitales”, incluyendo en su ámbito de aplicación “contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos, (...) y que se suministren con los bienes con arreglo al contrato de compraventa, con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero”.

La Directiva 2019/770 se aplica a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. Para la aplicación de su régimen debe existir una contraprestación, pero dicha contraprestación no tiene que ser en dinero, sino que puede resultar de la facilitación de datos personales. Aunque se ha evitado la referencia a una “contraprestación”, a diferencia de las versiones anteriores de la directiva, utilizándose una terminología más neutral, el hecho es que los datos personales pueden considerarse en estos casos como una contraprestación.

La Directiva 2019/770 se aplica a los contratos relativos a un soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales. Este es el caso, por ejemplo, de un CD de música. En este caso, las normas de la Directiva relativas al suministro de contenidos o servicios digitales no son aplicables, aplicándose las normas de la Directiva 2011/83/UE que regulan la entrega y la transferencia del riesgo.

Los Estados miembros pueden ampliar la protección que ofrecen estos regímenes a otros contratos. Así, por ejemplo, el régimen de la Directiva 2019/771 puede aplicarse a los contratos de arrendamiento financiero y el régimen de la Directiva 2019/770 puede ampliarse a otros contratos relativos a servicios.

También es posible adoptar un régimen jurídico unificado sobre la conformidad y la falta de conformidad para todos los contratos celebrados con consumidores, siempre que este régimen único integre las especificidades contenidas en las dos Directivas.

* Profesor Auxiliar e Investigador del CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Diretor de NOVA Consumer Lab e de NOVA Law & Tech (U. Nova de Lisboa). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente.

Pactos sobre la falta de conformidad en las Directivas 2019/770 y 2019/771

Markus Artz *

I. Carácter imperativo de las normas como fundamento de la protección de los consumidores

El Derecho civil está basado fundamentalmente en el principio de la autonomía privada. Los ciudadanos, como socios y adversarios en pie de igualdad, deben moldear sus relaciones jurídicas entre sí. Sobre todo, deben celebrar contratos libremente entre ellos y, de este modo, hacer valer sus intereses jurídicos y económicos.

Sin embargo, se ha demostrado que existe un desequilibrio estructural entre las empresas y los consumidores. Los consumidores a menudo no tienen una libertad contractual real y material. Para remediar este déficit, se ha desarrollado en las últimas décadas el Derecho contractual privado de los consumidores. La Unión Europea y sus predecesores también han dado un impulso decisivo en este sentido.

En el Derecho civil sustantivo existen numerosos instrumentos de protección de los consumidores. Entre ellos se incluyen, por ejemplo, el derecho de desistimiento, las obligaciones de información y los derechos específicos de garantía en caso de defectos, que también serán objeto de esta conferencia.

Los derechos especiales de los consumidores sólo pueden ser efectivos si no se ponen a disposición de las partes del contrato. El comerciante no debe poder acordar con el consumidor que determinados derechos del consumidor no existen en su caso. El consumidor tampoco tiene la posibilidad de renunciar de antemano a determinados derechos.

Las Directivas europeas garantizan el carácter imperativo de la protección del

consumidor en cada caso mediante una regla expresa. En el caso de las nuevas directivas, la disposición se encuentra en los arts. 21 y 22. Dado que el problema al que quiero referirme hoy se plantea paralelamente en las dos nuevas directivas, me gustaría limitarme en lo que sigue a la Directiva 2019/771.

II. Un acuerdo de calidad negativa como amenaza para la protección efectiva de los consumidores

Es evidente que un comerciante no puede, mediante acuerdo, privar a un consumidor de los remedios individuales cuando vende un bien defectuoso. Sin embargo, existe un gran peligro para la protección del consumidor si en lugar de excluir los derechos individuales del consumidor se pacta de entrada una calidad que tiene en cuenta los defectos de los bienes. Esto puede tener como consecuencia que los productos no se consideren defectuosos y a que no se plantee en absoluto la cuestión de la garantía. Si así fuera, el consumidor se vería privado de todo remedio en virtud de la garantía, ya que los bienes no se desviarían de la calidad acordada. El art. 7.5 parece aludir a una regla de estas características.

III. Conformidad contractual: cambio a un enfoque objetivo

Para entender la regulación, primero hay que darse cuenta de que el sistema cambia del concepto subjetivo al concepto objetivo de la conformidad contractual de los bienes. Según la nueva Directiva, la conformidad de los bienes con el contrato se determina en principio por criterios objetivos, a diferencia de lo que ocurría en el pasado. Esto también incluye, por

ejemplo, la durabilidad de los bienes o la obligación de llevar a cabo actualizaciones. Según el art. 6 de la Directiva, los criterios subjetivos de conformidad con el contrato se refieren, en particular, a cuestiones de cantidad y uso previsto, que pueden ignorarse en este caso.

La relación entre la conformidad del contrato que debe determinarse con arreglo a criterios objetivos y la posibilidad de celebrar un acuerdo diferente. Según el modelo regulador del art. 7.5, el vendedor debe informar al consumidor, en la fase precontractual, expresamente, y por separado, de la desviación de determinadas características de los bienes de las características objetivas generales. Por otra parte, es necesario un consentimiento cualificado, explícito, del consumidor. En relación con este punto, puede discutirse si los Cdos. 36 y 49 afirman lo mismo.

Un ejemplo mostrará las dificultades de un acuerdo de este tipo. Según la Directiva sobre compraventa de bienes, el vendedor también está obligado a suministrar actualizaciones para los bienes con contenido digital. Esto se desprende del art. 7.3. Esta obligación está sujeta tanto al principio de plena armonización como al carácter imperativo en favor del consumidor de conformidad con el art. 21. Por tanto ¿cómo hacer frente a la situación en la que el comerciante informa por adelantado al consumidor de que no va a proporcionar información actualizada sobre el producto con el acuerdo del consumidor? Surgen muchos problemas y preguntas.

IV. Naturaleza jurídica del acuerdo

En primer lugar, se plantea la cuestión de la naturaleza jurídica de tal acuerdo con arreglo al art. 7.5 de la Directiva: ¿constituye

* Catedrático de Derecho de Derecho Civil, Derecho Privado Europeo, Derecho Mercantil, Económico y Comparado (U. de Bielefeld). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente.



una modificación del contrato de venta o es un acuerdo independiente sobre el contenido futuro del servicio?

V. Forma y aplicación concreta del acuerdo

Es obvio que cuando se introdujo tal disposición, el centro de atención era, principalmente o, incluso, exclusivamente, la celebración de un contrato por Internet, es decir, la compraventa en línea. El vendedor informa al comprador en el sitio web de que no proporciona actualizaciones y el comprador acepta marcando una casilla. En este caso, es probable entender que, con posterioridad, se ha llegado a un acuerdo de este tipo.

Pero ¿cómo se hace esto en la venta al por menor en una papelería? El vendedor y el comprador tendrían que celebrar el acuerdo correspondiente en la tienda. No hay requisitos formales, por lo que esto también se puede hacer oralmente. En

este caso es muy dudoso que se pueda renunciar a las obligaciones del empresario sobre una base tan fina. Además, se plantea la importante cuestión de la carga de la prueba.

VI. Cláusulas abusivas

Las empresas se comprometen a excluir la obligación de entregar actualizaciones, no caso por caso, sino de forma regular, lo que lleva a la aplicabilidad de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación. Por lo tanto, siempre debe examinarse si tales acuerdos preformulados, que llevan a la renuncia del consumidor a los servicios, son transparentes y no suponen una desventaja irrazonable para el consumidor.

VII. Exclusión de garantía

Esto me lleva al problema central de la discriminación irrazonable del consumidor a través de la exclusión de los

servicios ofrecidos por la ley. El empresario suministra bienes con elementos digitales y, por lo tanto, está obligado a suministrar actualizaciones. Para dejar claro el ejemplo, hay que imaginar un producto que necesite las actualizaciones para garantizar su funcionalidad. Por ejemplo, un coche moderno cuyos componentes electrónicos deben actualizarse a intervalos regulares.

En tal caso, ¿puede ser compatible con los principios de la legislación sobre protección del consumidor que el comerciante sólo venda a condición de que el consumidor acepte no recibir actualizaciones? ¿Es esto compatible con el principio del carácter imperativo del art. 21 de la Directiva?

Dirk Staudenmayer, jefe de la unidad de Derecho contractual de la Dirección General de Justicia y Protección de los Consumidores, cree que un empresario que no quiera actualizar su información simplemente sufrirá una desventaja competitiva. Al parecer, no ve ningún problema con la admisibilidad de tal acuerdo.

En mi opinión, habrá que ver cuál es la importancia de las actualizaciones para la funcionalidad del producto. No se puede permitir la venta de un producto nuevo al consumidor, cuya funcionalidad dependa de la instalación regular de actualizaciones, a base de excluir de antemano la instalación correspondiente. Esto pondría en peligro de forma injustificada la consecución de la finalidad del contrato. Además, un acuerdo de este tipo debe considerarse como una limitación irrazonable de la obligación legal de garantía.

El art. 7.5 de la Directiva debe interpretarse restrictivamente a la luz del objeto del contrato y de los principios de la legislación sobre protección de los consumidores.

Plazos para ejercer las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según las Directivas 2019/770 y 2019/771

Beate Gsel *

1. La Directiva de Contenidos y Servicios Digitales 2019/770 y la Directiva de Compraventa de Bienes 2019/771 han regulado los plazos para ejercer las medidas correctoras por falta de conformidad. En este contexto, se plantea la cuestión de los plazos aplicables en caso de vicios ocultos o redhibitorios, que solamente se detectan algún tiempo después de la entrega del respectivo bien o del suministro del contenido o servicio digital.

El tema es relevante por lo menos por dos razones: primeramente, porque la efectividad de la medida correctora en caso de prestación defectuosa depende precisamente de que el consumidor disponga de tiempo suficiente para hacer valer sus derechos. Si es usual que ya hayan transcurrido los plazos de responsabilidad del vendedor cuando los defectos ocultos se hacen aparentes, las medidas correctoras tienen poca utilidad práctica. En segundo lugar, el tema reviste especial importancia para los contratos sobre contenidos digitales, ya que estos no suelen tener la estructura de una compraventa típica, en la que se cambian bienes por dinero una sola vez. Más bien, la ejecución de esos contratos es normalmente a largo plazo, y a menudo se refieren a una obligación de suministro continuo de contenidos o servicios digitales. Y precisamente porque esos contratos suelen ejecutarse a largo plazo, los requisitos para la conformidad no pueden relacionarse con un único marco temporal, sino que han de cumplirse durante un cierto período de tiempo que debe, por consiguiente, ser determinado por la ley.

2. El tratamiento de los períodos de responsabilidad en ambas directivas puede resumirse como sigue: si los bienes y contenidos o servicios digitales deben

suministrarse en un solo acto o en una serie de actos individuales de suministro, el vendedor o el empresario será responsable de los defectos que existan en el momento del acto de suministro, si se manifiestan en un plazo de dos años a partir del respectivo acto de suministro.

Por el contrario, según ambas directivas, los contenidos y los servicios digitales que deban suministrarse de forma continua han de estar libres de defectos a lo largo de toda la duración del contrato de suministro. No hay ningún plazo de responsabilidad europeo que limite las medidas correctoras en favor del consumidor en caso de vicios ocultos que se hayan producido durante la vigencia del contrato pero que solo se manifiesten después, esto es, cuando el contrato ya se ha extinguido.

3. De acuerdo con ambas directivas, los Estados miembros deben velar para que los plazos de prescripción nacionales no puedan configurarse de tal manera que se impida al consumidor ejercer las medidas correctoras para subsanar defectos que se hayan manifestado dentro del plazo de responsabilidad europeo.

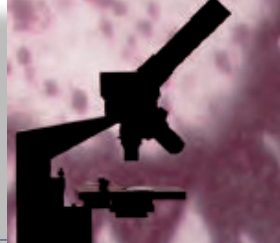
Sin embargo, en lo que se refiere a la situación de los contenidos o servicios digitales que deben suministrarse de forma continua, existe una diferencia entre las dos directivas, que es difícil de justificar: de acuerdo con la Directiva de compraventa, los plazos de prescripción nacionales no pueden restringir el ejercicio de las medidas correctoras por falta de conformidad que se haya manifestado durante el plazo de responsabilidad europeo. Por el contrario, la Directiva sobre contenidos y servicios Digitales se ha redactado de tal manera que los plazos de prescripción nacionales deben permitir a los consumidores ejercer

medidas correctoras tanto con respecto a los defectos que se produzcan y se manifiesten durante el período de responsabilidad europeo, como a los que se produzcan durante la vigencia del contrato, pero se manifiesten después. Si esta redacción se entiende literalmente, el consumidor debe poder ejercer efectivamente sus derechos con respecto a cualquier defecto que tenga lugar mientras dure el contrato. En este sentido, la legislación nacional en materia de prescripción debería siempre garantizar que el plazo de prescripción nacional no pueda expirar si el defecto se produjo durante el período de responsabilidad europeo, lo que se aplicaría incluso si el defecto no se descubrió dentro de ese período.

4. En una valoración global, puede decirse que ambas directivas, en principio, regulan de forma adecuada los plazos de las medidas correctoras disponibles para los consumidores en caso de falta de conformidad. No obstante, persisten diferencias entre las dos directivas, en particular en lo que se refiere al derecho de los Estados miembros de establecer plazos de prescripción nacionales para reducir el plazo de responsabilidad europeo, a la obligación de notificar o informar sobre la falta de conformidad y a la atribución al empresario de la carga de la prueba.

Esas diferencias no parecen estar plenamente justificadas y dan lugar a un tratamiento diferenciado de los vicios ocultos en las dos directivas. Por último, el efecto armonizador de los plazos en ambas directivas es considerablemente limitado, ya que sólo estipulan períodos mínimos de responsabilidad del vendedor y permiten a los Estados miembros mantener o introducir plazos más largos.

* Catedrática de Derecho Civil, Derecho Procesal Civil y Derecho Privado y Procesal Europeo (U. Ludwig-Maximilian de Múnich). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente. Traducción a cargo del colaborador científico Rodrigo Pontes Araldi, LL.M. (Múnich).



Remedios por falta de conformidad en contratos de larga duración o con varias prestaciones

Lidia Arnau Raventós *

Frente a un esquema contractual objetivamente simple, del que habría partido la Directiva 99/44, las Directivas 2019/770 y 2019/771 se presentan, explícitamente, mucho más receptivas ante estructuras de mayor complejidad, ya sea porque su objeto es plural (así: más de un bien a entregar o más de un elemento digital a suministrar en un solo o en varios actos de cumplimiento), ya sea porque satisfacer la prestación debida exige un acto continuado en el tiempo.

La pluralidad objetiva (en especial, en aquellos supuestos en los que las distintas prestaciones no comparten una misma naturaleza) puede llegar a incidir en la tipología contractual; basta para ello con que esa naturaleza devenga un índice delimitador del tipo contractual. La pregunta subsiguiente es si se aplicará o no la Directiva 2019/771 si el profesional, a cambio de precio, además de a entregar un bien, se compromete a realizar una actividad o, en fin, si regirá o no la Directiva 2019/770 si el profesional asume, no sólo el suministro de determinados elementos digitales, sino, además, otras prestaciones. Considerando esta posible incidencia (a saber: la del objeto en la descripción del tipo) y las distintas combinaciones que propicia aquella pluralidad objetiva, las Directivas 2019/770 y 2019/771 sugieren algunas reflexiones a propósito del escenario más simple. En este sentido, la Directiva 2019/771 contempla expresamente la compraventa de una pluralidad de bienes y no hay duda que el contrato regulado en la Directiva 2019/770 puede recaer también sobre varios elementos digitales.

En cuanto a la Directiva 2019/771, no es una novedad. La Directiva 2011/83, del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, ya refrendó esa pluralidad objetiva en el

marco de un contrato de compraventa; lo hizo, aunque a otros fines (en concreto, a los de determinar el *dies a quo* del cómputo para el plazo para desistir), en su art. 9; el precepto avala la existencia de un único contrato, no sólo cuando el único bien comprado deba entregarse por piezas o componentes, sino también cuando “se encargaron” “en el mismo pedido” “varios bienes”..., descartándose de este modo entender celebradas tantas ventas distintas como bienes distintos se trate de adquirir.

Aquella receptividad se implementa contemplando la cantidad como criterio de conformidad y regulando el alcance de la facultad resolutoria cuando sólo una o algunas de las prestaciones satisfechas no son conformes.

La cantidad como requisito subjetivo para la conformidad de la prestación (Cdo. 26 y art.6,a Directiva 2019/771; Cdo. 42 y 7 Directiva 2019/770) no se acompaña, ni en un texto ni en el otro, de una norma como la que, en cambio, sí recogía el art. 130.2 CESL y según la que el comprador sólo podía negarse a recibir un pago parcial si albergaba un interés legítimo en ello. La cuestión (la de si cabe imponer o no un pago parcial al acreedor) seguirá pues quedando al margen de estos textos y de la armonización que imponen, y deberá seguir resolviéndose aplicando normas internas. Por otra parte, la cantidad como requisito para la conformidad de la prestación casa mal, en la Directiva 2019/771, con los remedios de primer nivel (art. 13) y es que no se trata de reparar o sustituir nada, sino de entregar lo que falta. A propósito de la entrega, la presencia de la cantidad en el art. 6,a Directiva 2019/771 refleja la opción previa de contemplar el supuesto fijando la atención más en la parte satisfecha (que, se dirá, no es conforme porque no se ha entregado todo o no se han suministrado

todos los elementos), que en la que no lo ha sido, porque si se hubiera hecho esto último entonces habría cabido la posibilidad de aplicar, no normas de conformidad, sino las que regulan la obligación de entregar los bienes (art. 18 Directiva 2011/83) o de suministrar los elementos digitales (art. 5 y 13 Directiva 2019/770).

El art. 16.2 Directiva 2019/771 versa acerca de la falta de conformidad que presentan sólo algunos de los bienes entregados y lo hace a los fines de delimitar el alcance de la facultad de resolución en estos casos. Para que proceda su ejercicio, se exige que “haya motivos para la resolución de dicho contrato”. Literalmente, pues, se descarta que los requisitos de la resolución deban apreciarse sólo en relación con el o los bienes no conformes. Si solo en relación con ellos la falta de conformidad se estima grave (siendo así que, en cambio, esa gravedad no se aprecia cuando se contempla la falta de conformidad a la luz de todos los bienes que se han comprado), vincular la falta de conformidad solo a los bienes que la presentan permitiría resolver parcialmente el contrato de forma directa, sin necesidad de intentar antes otros remedios de subsanación (art. 13.4,c). El precepto, sin embargo, parece dar a entender que la resolución debe proceder en relación al todo (porque debe concurrir una causa de resolución *de dicho contrato*) para, si se prefiere, resolver sólo parte. El precepto, además, nada dice acerca del precio (lo hacía, en cambio, el art. 117 CESL), pero sí delimita objetivamente el ámbito de la aquella ineficacia: al margen del bien no conforme, puede alcanzarse “a cualesquiera otro que el consumidor hubiera adquirido junto con el no conforme si no se puede razonablemente esperar que el consumidor acepte conservarlo”.

* Profesora Agregada de Derecho civil (U. de Barcelona). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P, en las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo y en las del Grup de Dret civil català de la U. Barcelona (2017 SGR 151).

En la Directiva 2019/771 no hay ninguna otra proyección explícita de esta pluralidad en sede de remedios. El art. 113.3 CESL, en cambio, desplegaba otra variante a propósito de la facultad de suspender el propio cumplimiento: la suspensión parcial, procedente si el incumplimiento del vendedor había sido solo parcial. El art. 13.6 Dir. 2019/771 parece cerrar el paso a esta posibilidad al señalar que el consumidor tendrá derecho a suspender “cualquier parte” pendiente del precio (o de parte del importe) hasta que el vendedor haya cumplido sus obligaciones derivadas del contrato. Al margen de la suspensión, el modelo que proporciona el art. 16.2, admitiendo la resolución parcial, sugiere trasladar esa misma parcialidad al

otro remedio contractual (la reducción) y, por supuesto, a los obligacionales. El escenario resultante es el de una potencial acumulación concurrente de remedios (distintos o no), cada uno vinculado a la falta de conformidad que presenta, individualmente, cada uno de los bienes.

En la Directiva 2019/770 no hay norma equivalente a la que contiene el 16.2 Directiva 2019/771. En ese sentido, se propone recurrir a la aplicación por analogía de este último si, contratados varios elementos digitales, unos son conformes y otros no. Sólo el Cdo 15º Directiva 2019/770 menciona la facultad de suspender el propio cumplimiento, presentándola como una de aquellas materias que,

por no regularse en el texto, quedan a expensas de lo que pueda establecer el Derecho interno. Por otra parte, el art. 16.1, pár.2º, Directiva 2019/770 contempla una situación distinta, pero que también se ha venido identificando como una resolución parcial. Versa, concretamente, acerca de contrato de suministro de elementos digitales durante un período de tiempo. En este marco, si la falta de conformidad es sobrevenida, los efectos restitutorios deben limitarse al espacio temporal en el que se ha producido. El supuesto permite ensayar un segundo escenario que propicia también una concurrencia de remedios, cada uno de ellos proyectado sobre una franja de tiempo distinta.

Disponibilidad de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales tras la resolución contractual

Sergio Cámara Lapuente *

I. Resolución del contrato, datos personales y datos no personales

Desde el mismo instante en que el legislador europeo comenzó a plantearse las reglas distintivas que podrían regir los contratos de consumo sobre contenidos y servicios digitales, ocupó un papel central cuál habría de ser el destino de los datos (personales y no personales) que el usuario había facilitado al empresario, cuando, llegado el caso, la relación jurídica terminase. La Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019 –relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales– que incluye en su ámbito de aplicación tanto los contratos en que se pagó un precio como, con matices, los contratos en que sólo se facilitaron datos personales, y los contratos mixtos (precio más datos

personales) aborda la cuestión al hilo del remedio o medida correctora central ante la falta de conformidad, la más detallada del articulado: la resolución. Dado que es característico de ésta la restitución de las contraprestaciones intercambiadas por las partes contractuales, era preciso pronunciarse sobre qué ocurría con los datos personales facilitados al empresario o recabados por éste bien para cumplir sus obligaciones, bien para favorecer su propio modelo de negocio, y con los contenidos generados y compartidos por los usuarios que no en todo caso sirven para identificar a su creador. Naturalmente, en la base de esta concepción “restitutoria” yacen dos modernas teorías sometidas a enconado debate en los últimos años: los datos como posible objeto de propiedad y los datos personales como posible contraprestación contractual.

En este contexto, la Directiva 2019/770 finalmente admite tres causas de resolución de los contratos cubiertos por ella: la falta de suministro (art. 13), la falta de conformidad (arts. 14) y la modificación de los contenidos o servicios que afecte negativamente al consumidor (art. 19.3). El régimen de la resolución se encuentra en los arts. 15 al 18 de la Directiva, en los que se desglosan las obligaciones del empresario (art. 16) y del consumidor (art. 17), en caso de que éste ejercite ese derecho en los casos previstos. En particular, el extenso art. 16 establece que el empresario reembolsará al consumidor los importes pagados (16.1), “*se abstendrá de utilizar cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario*” (16.3, con varias excepciones),

* Catedrático de Derecho Civil (U. La Rioja). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente.



“pondrá a disposición del consumidor” sin cargo alguno esos contenidos (16.4) y, respecto a los datos personales del consumidor, con escueta remisión, el art. 16.2 establece que “el empresario cumplirá las obligaciones aplicables de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679”.

En la Propuesta inicial de la Directiva presentada por la Comisión Europea el 9 de diciembre de 2015 [COM(2015) 634 final] ya aparecían esas dos nuevas obligaciones del empresario a “abstenerse del uso” y a “poner a disposición” del consumidor los datos; pero en esos inicios de la tramitación, ambas obligaciones recaían sobre las “contraprestaciones no dinerarias” facilitadas por el consumidor y sobre “cualesquiera otros datos recogidos por el proveedor”; es decir, los dos nuevos derechos del consumidor al resolver el contrato –pues cabe entender que las obligaciones así rotuladas por el legislador comportan auténticos derechos subjetivos del consumidor– se referían tanto a datos personales como a otros datos/contenidos. Este planteamiento general y unitario tuvo un punto de inflexión trascendental en la tramitación a raíz del Informe sobre la Directiva evacuado por el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) (Dictamen 4/2017, de 14 de marzo, pp. 3 y 10), en el cual rechazó la idea de que “los ciudadanos pueden pagar con sus datos del mismo modo que con su dinero”, apelando a la vertiente iusfundamental de la protección de los datos. Tanto el Parlamento Europeo como el Consejo de la UE, en sus enmiendas al texto inicial eliminaron en 2017 formalmente la idea

de “contraprestación” en datos personales y remitieron los derechos del usuario digital respecto a ellos, también en caso de resolución contractual, al Reglamento General sobre Protección de Datos (RGPD) de 2016, con sus nuevos derechos de supresión y –tras muchos reveses y cambios– de portabilidad; en la versión aprobada de la Directiva 2019/770, el considerando 24 recoge casi literalmente la citada idea del Informe del SEPD: “al tiempo que reconoce plenamente que la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse una mercancía, la presente Directiva debe garantizar que los consumidores (...) tengan derecho a medidas correctoras contractuales”.

II. Derechos en juego: supresión, portabilidad, abstención de uso y recuperación

Por lo tanto, a tenor del art. 16 de la Directiva 2019/770 vigente, el consumidor tendrá derechos distintos en relación con la disponibilidad de sus datos cuando hubiese celebrado un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: *si dichos datos fuesen personales*, tendrá los derechos consagrados por el RGPD y, en particular, el de *supresión/olvido* (art. 17 RGPD) y el de *portabilidad* (art. 20) que, por lo demás, podrá ejercitar en cualquier momento –no sólo en caso de resolución, ni siquiera de extinción del contrato; también, incluso, vigente la relación jurídica– y contra cualquier responsable del tratamiento –y

no sólo frente a su contraparte contractual–; *si los datos no fuesen personales*, lo cual deja tremendamente reducido su ámbito, dada la asentada aplicación extensiva de lo que se considera información que puede vincularse a un concreto individuo identificable (art. 4 RGPD), el consumidor, sólo si tiene el derecho de resolución consagrado en la Directiva, puede exigir que el empresario se abstenga de usar los contenidos que aquél generó al emplear los contenidos o servicios digitales de éste y puede recuperar esos contenidos digitales (no personales) “sin cargo alguno y sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente”.

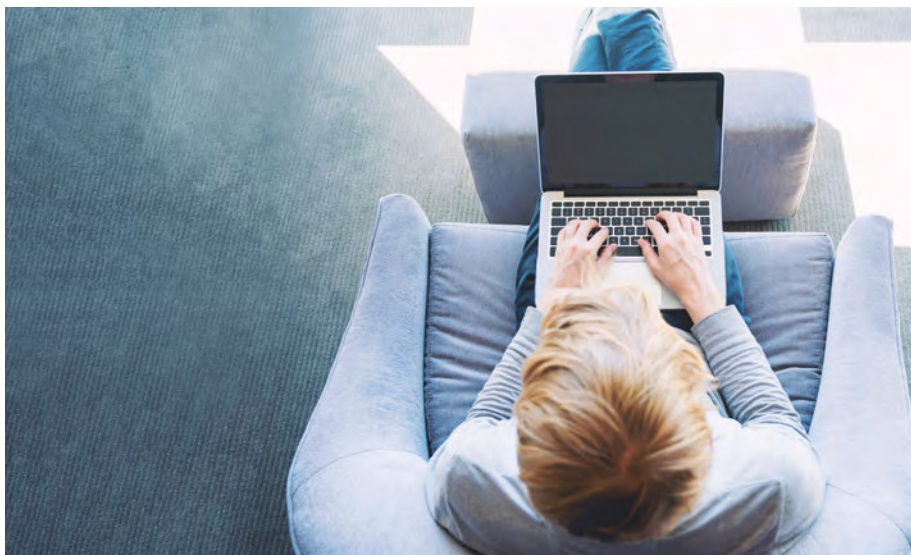
Es obvia la tentación de emparejar unos derechos paralelos (“supresión” del RGPD con “impedir el uso” en la Directiva; “portabilidad” de datos del RGPD con “recuperación” de contenidos de la Directiva), pero diferentes en numerosos aspectos de enjundia. La conclusión de ese examen de diferencias es que los dos derechos de la Directiva 2019/770 están atenuados o rebajados respecto a sus correspondientes modelos de RGPD, tanto por el menor control y facultades que comportan para el usuario, como por las amplias excepciones con que la Directiva –en su fase final de tramitación desde mediados de 2017– los ha limitado. Y la justificación de esa “jibarización” de derechos no resulta tan evidente con la mera referencia al carácter reforzado que merece la protección de los aspectos inherentes a la personalidad, en particular cuando durante el proceso legislativo se evidenció que tanto portabilidad como recuperación atendían sobre todo a potenciar la competencia efectiva entre operadores del mercado único digital.

No procede en este resumen entrar en el detalle de las diferencias entre los citados derechos, pero debe llamarse la atención al menos sobre dos aspectos: en primer lugar, el deber del empresario de abstenerse de usar los contenidos del consumidor tras la resolución es una obligación *de non faciendo* en la Directiva, pero no se establece como un deber positivo de *suprimir* esa información, como sí ocurre en el art. 17 RGPD (vía destrucción, sobreescritura o anonimización irreversible de los datos personales), por lo que aquella abstención más se parece a las técnicas de

bloqueo propias del derecho a la limitación del tratamiento (art. 18 RGPD, cdo. 67).

En segundo lugar, así como en el derecho a la portabilidad de los datos personales del art. 20 RGPD el interesado puede exigir la transmisión directa de sus datos personales de responsable a responsable “si es técnicamente posible”, esta facultad no se contempla en absoluto en el derecho fijado en la Directiva a recuperar los contenidos; pero más censurable resulta –pues también esa “portabilidad directa” constituye más un deseo que una imposición legal a la luz del Cdo. 68 RGPD– que el art. 16.4 de la Directiva 2019/770 no haga mención alguna al derecho del usuario de servicios digitales a la “portabilidad indirecta” o por los propios medios del interesado que el art. 20.1 RGPD sí garantiza, en el sentido de que éste puede transmitir a otro responsable del tratamiento los datos personales que ya facilitó antes a otro; y puede hacerlo “sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado”. En el ámbito de los contenidos generados por los usuarios que no sean datos personales (¿una foto de un paisaje que no permita identificar a su autor, quien la sube bajo seudónimo a una red social, un vídeo con las mismas características en *Youtube*, una construcción en un juego *online*, contenidos sin datos personales almacenados en la nube?) la cuestión de poder portar o migrar esos contenidos a otras plataformas u operadores queda enteramente relegada a las condiciones generales de los contratos aceptadas, con su usual cesión de licencia perpetua (aunque, por ahora, no exclusiva) por parte del usuario respecto a los contenidos que genere.

Otro aspecto que merece un análisis crítico en el régimen de la Directiva 2019/770 son las *excepciones* establecidas a estos dos nuevos derechos del consumidor que resuelve el contrato, que no encuentran un correlato exacto (ni aproximado en varios casos) en los arts. 17.3, 20.3 y 20.4 RGPD. El art. 16.3 de la Directiva establece cuatro supuestos en los que no operará el deber de abstención de uso de los contenidos del usuario por parte del empresario, aplicándose las tres primeras excepciones también al derecho de recuperación de los contenidos por el usuario. Según el citado precepto, esto ocurrirá cuando dicho contenido distinto de los datos personales: “a) *no tenga ninguna utilidad fuera del*



contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario; b) *esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario; c) haya sido agregado con otros datos por el empresario y no pueda desagregarse o solo pueda desagregarse realizando esfuerzos desproporcionados, o d) haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas, y otros consumidores puedan continuar haciendo uso del contenido”.*

La última excepción, que no se aplica al derecho del consumidor a recuperar sus contenidos pero sí a eliminarlos, proviene de la propuesta inicial de la Comisión Europea de 2015 y guarda cierto paralelismo, respetable, con el límite al derecho de supresión por respeto al derecho a la libertad de expresión e información (art. 17.3.a RGPD). Las otras tres, de introducción tardía en la tramitación parlamentaria, tienen algo más de sentido para el deber de abstención de uso que para el deber de puesta a disposición por parte del empresario, en cuyo ámbito, a mi juicio, son un exceso normativo favorable a la industria. Los considerandos de la Directiva, tan locaces en ejemplos respecto al resto del articulado, prácticamente nada aportan (Cdos. 69 y 71), salvo que respecto al derecho a recuperar “en tales casos, *los contenidos no tienen ninguna utilidad ni interés práctico relevantes para el consumidor, a la vez que se tienen en cuenta los intereses del empresario*”. Esta afirmación es manifiestamente excesiva, pues sí cabe imaginar situaciones en que el consumidor

tenga interés en esos contenidos (conocer y evaluar su propia actividad, recuperar sin portar o reusar para diversos fines, incluso de mero recuerdo). Ni siquiera se ha recogido una cláusula de equilibrio como la que proponía el Parlamento Europeo para las tres excepciones, esto es, que no sea posible abstenerse o poner a disposición sin realizar un esfuerzo desproporcionado e irrazonable”.

III. Pero... ¿a qué datos o contenidos (no personales) alude la Directiva 2019/770?

Examinados los nuevos derechos de la Directiva y entendido cómo se llega en la tramitación a su muy limitado ámbito de aplicación (por mor de las escasas facultades y las amplias excepciones), resta por preguntarse a qué “contenido distinto de los datos personales” hace referencia el art. 16 de la Directiva. Nuevamente, no hay muchas pistas en los tan ilustrativos considerandos en otros puntos. Obviamente no serán datos personales ni los datos anónimos ni el contenido digital adquirido por el usuario del proveedor; pero los derechos anejos al de resolución no parecen estar pensados precisamente para esos bienes, sino para los usualmente llamados “contenidos generados por los usuarios”, siempre que no sean datos personales (no lo sería un autorretrato o *selfie* subido a una red social). Y aún dentro de este tipo de contenidos, cabría preguntarse si entre los “*facilitados*” al empresario –y por tanto, recuperables o, en su caso, inutilizables– se incluyen



los "recopilados" por éste al observar el comportamiento del usuario en el entorno digital, es decir, sin un suministro activo y consciente por el consumidor. Pues bien, así como respecto al derecho de portabilidad consagrado en el art. 20 RGDP la interpretación implantada por las autoridades de control de datos de los estados miembros (Grupo de Trabajo del art. 29 y su sucesor institucional) incluye tanto los facilitados como los recopilados con el uso y esta interpretación se acoge en la nueva Directiva (cfr. Cdos. 24 y 38), en cambio, respecto a los contenidos que no sean datos personales sólo se incluyen los "facilitados o creados" al usar los servicios (arts. 16.3 y 16.4 Directiva), pues si está "exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor durante el uso" caerá en una de las excepciones. Se trata de una nueva merma de protección del consumidor respecto a lo que podría

haber sido una norma más ponderada para todos los intereses en juego.

IV. Consideraciones críticas finales

La intersección de la normativa de protección de datos personales y los nuevos derechos contractuales de los consumidores delineados por la Directiva 2019/770 sin duda exige abordar muchos otros aspectos, como los que se tratan en la ponencia que aquí se sintetiza: el análisis concreto de las reglas y las excepciones tanto del derecho de supresión/abstención como del derecho de portabilidad/recuperación del RGPD y la de Directiva, la forma de su ejercicio, la prueba de su ejecución o la interacción de ambos pares de derechos, que pueden ejercitarse de forma autónoma o conjunta (v. gr., portabilidad sin supresión o portabilidad con supresión), etc.

Se concluirá aquí con algunas ideas críticas finales: 1) La Directiva no contempla la posibilidad de extender los nuevos derechos (abstención de uso y recuperación) a otras causas de extinción del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, distintas de la resolución; los Estados Miembros en la transposición deben contemplar esa posibilidad y nada veda que tomen el modelo del RGPD, más proteccionista, en lugar del de la Directiva para los contenidos no personales. 2) Aunque no es aparente en el articulado de la Directiva, el derecho de recuperación durante la relación contractual, antes de operarse una resolución, podría quedar cubierto por las expectativas legítimas del consumidor ex art. 8.1.b Directiva. 3) El balance general que resulta de las facultades, excepciones y objeto sobre el que recaen los dos nuevos derechos de la Directiva en caso de resolución habla de un contenido prácticamente vacío, dado que además la Directiva tampoco se aplica cuando los datos personales facilitados por el consumidor fueran tratados exclusivamente por el empresario para suministrar los contenidos o servicios digitales o para cumplir requisitos legales (art. 3.1). 4) No obstante, dado el carácter expansivo del concepto de "dato personal" y la remisión expresa de la Directiva (art. 16.2) al RGPD, el usuario puede encontrar en los derechos de supresión u olvido y portabilidad del Reglamento una herramienta de protección de sus intereses a la postre más eficaz que los recién estrenados derechos de una Directiva, por lo demás, pionera en la defensa contractual de los usuarios digitales.

El papel de la protección de datos personales en la contratación *online* de bienes, contenidos y servicios digitales

Rosa M^a García Pérez *

Recientes iniciativas y acciones legislativas emprendidas por la Unión Europea en materia de consumidores, tras el lanzamiento de su Estrategia para un Mercado Único Digital en mayo de 2015, se han hecho eco del nuevo modelo de negocio que, liderado por grandes empresas tecnológicas, coexiste en la economía digital junto al tradicional sistema de contratación de bienes y servicios de base monetaria. Se trata de un modelo basado en transacciones digitales con datos personales, la mayor parte de las veces asentado en contratos no negociados individualmente; contratos que el interesado-consumidor percibe como un acceso gratuito a bienes, contenidos o servicios digitales. Y con ello los datos personales y su régimen de protección, cuyo principal marco normativo es el Reglamento UE/2016/679, Reglamento General de Protección de Datos europeo (RGPD), han iniciado una compleja incursión en el Derecho contractual.

El primer punto de inflexión, y en breve no será el único, ha venido de la mano de la Directiva UE/2019/770, de 20 de mayo de 2019, sobre ciertos aspectos relacionados con los contratos de suministro de contenido digital y servicios digitales (**DCDig**). Esta Directiva sólo es la punta de lanza de una nueva manera de relacionarse normativa de protección de datos personales y normativa de consumo. El panorama no quedaría completo sin aludir a otras medidas enmarcadas en el proceso emprendido a nivel europeo de revisión, modernización y adaptación de las reglas de protección de consumidores al entorno tecnológico, en el marco de la iniciativa "New Deal for Consumers", incluida en el Programa de trabajo de la Comisión Europea el pasado 11 de abril de 2018. Se trata de dos propuestas de Directiva que están ultimando su tramitación legislativa: por una parte, la Directiva

del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE, aprobada por el Consejo el pasado 8 de noviembre [Bruselas, 11 de noviembre de 2019 (OR. en) 13934/19] y, por otra parte, la Resolución legislativa [P8-TA-PROV(2019)0222] del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2019, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. Sobre ambas propuestas y su interferencia con la normativa de protección de datos tuvo ocasión de pronunciarse el pasado 5 de octubre de 2018 el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) en su *Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers"*.

La ponencia centra su interés en la reciente **DCDig** y su interacción con el RGPD. La imbricación del derecho fundamental a la protección de datos en el ámbito contractual adquiere con esta Directiva un cariz complejo, poliédrico y, en ocasiones, no fácilmente compatible con la concepción y configuración a nivel europeo del derecho a la protección de datos personales, especialmente, desde una doble perspectiva.

En primer lugar, por la vía de reconocer la existencia de reciprocidad en aquellos contratos en los que el consumidor permite el tratamiento de sus datos personales a cambio de acceder a prestaciones digitales, otorgándole la misma protección que si su

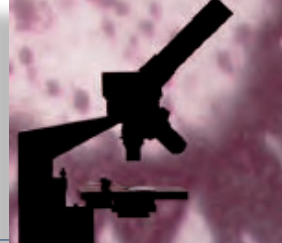
contraprestación hubiese sido dineraria. Es, sin duda, una de las novedades más importantes de la norma, cuya finalidad es, según señala la propia **DCDig**, garantizar que los consumidores, en el contexto de dichos modelos de negocio, tengan derecho a medidas correctoras contractuales (Considerando 24). Desde esta óptica se introduce en la dinámica contractual la monetización de los datos personales y su consideración como contraprestación.

En segundo lugar, por la incidencia que la normativa de protección de datos y, en particular, su contravención, puede tener como criterio de validez y eficacia contractual

Esta doble vía de interacción RGPD-DCDig, suscita múltiples planos en los que se pone de manifiesto la tensión entre dos enfoques regulatorios contrapuestos; tensión que ha estado presente a lo largo de toda la tramitación legislativa, saldada en el texto final de la **Directiva** con una mención expresa a la prioridad de aplicación del RGPD en caso de conflicto con las disposiciones de la Directiva (art. 3.8 DCDig.).

No obstante esta prioridad, hay aspectos de la Directiva que, puestos en contacto con el régimen normativo de protección de datos, siguen siendo fuente de fricción, particularmente esta intervención ha centrado su enfoque, por un lado, en la concreción de la base jurídica que, conforme a las previsiones del artículo 6 RGPD, da soporte a los tratamientos derivados de contratos a los que resulta aplicable la **DCDig**. (**¿consentimiento ex art. 6.1.a RGPD?; ¿ejecución de un contrato ex art. 6.1.b. RGPD?; ¿interés legítimo ex art. 6.1.f RGPD?; y, por otro, en la incidencia de los principios y obligaciones impuestos por el RGPD al responsable del tratamiento de datos-**

* Profesora Titular de Derecho civil (U. de Granada). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente..



proveedor en la evaluación de los criterios subjetivos y objetivos de conformidad con el contrato de los contenidos y servicios digitales.

El primero de los aspectos reseñados, la fijación de base legal del tratamiento de datos personales, particularmente de aquellos datos facilitados para ser tratados por el proveedor con finalidades distintas al suministro de contenidos o servicios digitales o al cumplimiento de requisitos legales, no es una cuestión baladí, ni desde la óptica de la normativa de protección de datos (ad. ex., contenido obligatorio del deber de información ex arts. 13.1.c, 14.1.c y 14.2.b RGPD, amplitud de los derechos de los interesados establecidos en los artículos 15 a 22 RGPD...), ni desde la perspectiva de las repercusiones que sobre el propio contrato de suministro puedan tener la opción por una u otras (v.gr., si la licitud del tratamiento es el consentimiento del titular de los datos ¿su revocación lleva aparejada la resolución contractual?; ¿supondría dejar la validez y cumplimiento

del contrato al arbitrio de una de las partes?...)

El segundo, atinente al cumplimiento por el proveedor de los principios que conforme al artículo 5 RGPD deben ser observados en cualquier tratamiento de datos personales, implica responder a la siguiente cuestión: ¿un tratamiento de datos realizado por el suministrador que infrinja alguno de los principios de licitud, lealtad, transparencia, limitación de la finalidad, minimización, etc., puede determinar, al margen de los mecanismos de reacción propios del derecho fundamental a la protección de datos, una falta de conformidad activadora de las medidas correctoras establecidas por la DCDig.?

Aunque sin plasmación en el texto articulado de la **DCDig.**, esta cuestión es **atendida** en su considerando 48, al afirmar que «una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, incluidos principios básicos como los relativos a la minimización de datos, la protección de datos desde el diseño y la

protección de datos por defecto, pueden considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva». Este enfoque parcial, dependiente de las circunstancias del caso e ilustrado con ejemplos en el propio considerando, puede, a mi modo de ver, llevarse mucho más lejos. Una interpretación adecuada de la normativa contractual y de los artículos 7 (requisitos objetivos de conformidad) y 8 (requisitos subjetivos de conformidad) de la DCDig. desembocará, sin duda, en una mayor interacción del RGPD en la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato y consiguiente activación, en su caso, de las medidas correctoras contractuales que, sin perjuicio de las vías de reacción ex normativa protección de datos, se atribuyen al consumidor en caso de falta de conformidad o incumplimiento del suministro.

Conclusión de contratos en plataformas *online*

Joana Campos Carvalho *

Las plataformas *online* son espacios virtuales que permiten el contacto entre dos o más grupos de usuarios, de manera que les genera un valor pues sin ellas, este contacto no se produciría o, por lo menos, no se produciría de forma tan eficiente.

También pueden describirse como intermediarios entre dos o más grupos de usuarios que están conectados por efectos de red indirectos. Esta definición proviene del campo de la economía, donde esta realidad ha sido estudiada bajo el concepto de mercado bilateral o multilateral.

Los mercados bilaterales o multilaterales se caracterizan principalmente por tres elementos: i) la existencia de, por lo menos, dos grupos separados de usuarios que utilizan la plataforma como intermediaria; ii) la existencia de efectos de red indirectos, lo que significa que el valor que un usuario obtiene del uso de la plataforma aumenta en función del número de usuarios del otro grupo; iii) la falta de neutralidad de la estructura de precios, lo que significa que la plataforma puede influir en el volumen de transacciones aumentando el precio de uso de la plataforma para un grupo y disminu-

yendo el precio de uso para el otro grupo. Esta característica justifica que las plataformas traten a menudo a uno de los grupos como generador de beneficios y al otro como financieramente neutro o incluso generador de pérdidas.

El concepto de plataformas *online* incluye diferentes categorías, como las redes sociales o los juegos masivos en línea con multitud de jugadores. Sin embargo, en el ámbito del Derecho contractual, la categoría importante es la de los llamados creadores de mercado, emparejadores o

* Doctoranda y Profesora Visitante en NOVA Direito, Lisboa, Portugal. Investigadora del CEDIS (Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade e Investigadora del FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente. Traducción a cargo de la Prof. Esther Arroyo Amayuelas.

mercados. Este tipo de plataformas incluye a todas las que permiten la conclusión de contratos en línea o que, por lo menos, permiten a los usuarios encontrar a la contraparte para concluir un contrato al margen de la plataforma.

Los mercados *online* han cambiado drásticamente la estructura de las transacciones. Tradicionalmente, para la compra de un bien o la prestación de un servicio, solo se necesitaba un contrato entre el proveedor y el cliente. Por el contrario, en los mercados *online*, por cada transacción existen tres contratos: i) entre el proveedor y la plataforma –para regular las condiciones de uso de la plataforma por parte del proveedor–; ii) entre el cliente y la plataforma –para regular las condiciones de uso de la plataforma por parte del cliente–; iii) entre el proveedor y el cliente –que da lugar al contrato principal, que es que justifica la existencia de los otros dos–.

Esta estructura triangular plantea numerosas cuestiones, ya que muchos Derechos contractuales europeos todavía no tienen en cuenta las especificidades de estos modelos de negocio.

Me gustaría señalar brevemente una de estas cuestiones. No está claro cuál es o debería ser el papel de la plataforma en relación con el contrato principal, es decir, el contrato concluido entre los usuarios de la plataforma.

Por una parte, no todos los operadores de los mercados son iguales. Existen modelos de negocio muy distintos. Mientras que mercados como *OLX* o *Craigslist* solo proporcionan realmente un espacio en línea en el que los usuarios pueden reunirse, otros mercados como *Amazon* o *Airbnb* asumen un papel muy importante en relación con el contrato principal: proporcionan los medios para llevar a cabo su conclusión, gestionan los pagos, diseñan las condiciones generales de la contratación que resultan de aplicación, resuelven los conflictos que puedan suscitarse, etc. Por lo tanto, estos diferentes tipos de operadores de plataformas deberían recibir un trato específico. Por otra parte, resulta evidente que este último tipo de plataformas no son “meros intermediarios”. Y puesto que tienen una influencia decisiva sobre el contrato concluido, deberían tener algunas obligaciones y probablemente asumir también parte del riesgo.

La Unión Europea ha abordado el tema de forma tímida hasta ahora. Solo incluye algunas obligaciones en la Directiva que forma parte del conocido como “Nuevo Pacto para los Consumidores”, recientemente aprobada por el Consejo el pasado 8 de noviembre de 2019.

En este sentido, cabe destacar el Proyecto de Normas Modelo sobre Plataformas de Intermediación en línea (*Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms*), elaborado por el Instituto de Derecho Europeo (*European Law Institute, ELI*) que incluye, además de algunos deberes muy importantes, una norma que establece la responsabilidad conjunta del operador de la plataforma cuando este tenga el control sobre el proveedor. Este criterio deberá ser tenido en cuenta por los tribunales, a la vista de las circunstancias que muestren la existencia de ese control, como podría deducirse de cláusulas como las siguientes: “el operador de la plataforma puede retener los pagos realizados por los clientes en el marco de los contratos concluidos entre el proveedor y el cliente”; o “las condiciones del contrato entre el proveedor y el cliente vienen esencialmente determinadas por el operador de la plataforma”.

La necesidad de actualizar la directiva de comercio electrónico

Esther Arroyo Amayuelas *

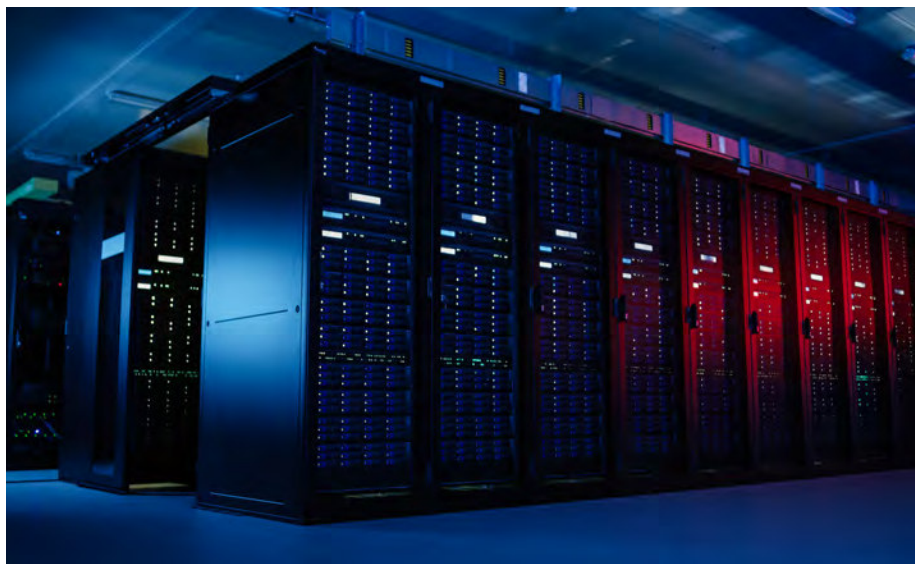
I. Introducción

La Unión Europea está permanentemente actualizando su Derecho privado como consecuencia de la revolución digital. La Comisión hasta la fecha presidida por Jean-Claude Juncker ha aprobado reglas nuevas para la venta de bienes, las transacciones de contenidos y servicios digitales y la lealtad y transparencia de las plataformas *online*. Corresponde ahora a la Comisión Europea que Úrsula von der Leyer presidirá los próximos años (2019-2024) afrontar nuevos retos

y, entre ellos, el de actualizar la Directiva 2000/31, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico (= DCE). En realidad, el rol y las responsabilidades de la industria de internet ya empezó a ser cuestionado por la anterior Comisión Europea pero, tras numerosos estudios y consultas públicas, los planes no pasaron por modificar la DCE, sino por abordar el problema en relación con áreas especialmente sensibles, como el *copyright*, el terrorismo, la incitación al odio, la pornografía infantil u otros contenidos audiovisuales nocivos, mediante la

adopción de legislación especial y el fomento de la autorregulación de las empresas (SWD(2016)172 final, p. 7; COM(2017) 555 final; C(2018) 1177 final; SWD(2018) 408 final). Así que la puesta al día de la DCE deberá necesariamente coexistir y completar esa legislación, cuya finalidad ya no es preservar los puertos seguros con que ahora cuentan los prestadores de servicios de intermediación (arts. 12-14 DCE), sino prevenir que las nuevas estructuras digitales (plataformas) promuevan y difundan actividades ilícitas (Savin, Andrej,

* Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo (U. Barcelona). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (octubre 2019), también se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P y en las actividades del Grup de Dret civil català U. Barcelona (2017 SGR 151)..



“EU Regulatory Models for Platforms on the Content Carrier Layers: Convergence and Changing Policy Patterns”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2018, 7, pp. 9-37), de conformidad con la responsabilidad social que se les atribuye (Taddeo, Mariarosaria – Floridi, Luciano (eds), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer, Switzerland, 2017). Por eso, además de combatir las ilegalidades, habrá que evitar que tengan lugar otros contenidos igualmente dañosos (e.g. *fake news*). El riesgo es que un exceso de celo afecte a la libertad de expresión e información y a la libertad de empresa, esto último si se acaba imponiendo a los intermediarios medidas de control muy costosas.

En las páginas que siguen me centraré en lo esencial; esto es, en lo que una futura nueva directiva o reglamento sobre servicios digitales debería incluir, a la vista de las insuficiencias o lagunas detectadas en la norma actual: a) modernizar las actividades comprendidas en los arts. 12-14 DCE; b) señalar los criterios que deben servir para cualificar al intermediario; c) establecer los contornos del deber de diligencia de los intermediarios; y d) establecer mecanismos armonizados de moderación de contenidos. Son cuestiones que aparecen referidas en un documento de la Comisión Europea que, sin embargo, oficialmente todavía no existe (Documento de la DG Connect, que se ha filtrado, disponible en: [https://netzpoltik.org/2019/leaked-document-eu-commission-mulls-new-law-to-](https://netzpoltik.org/2019/leaked-document-eu-commission-mulls-new-law-to-regulate-online-platforms/)

[regulate-online-platforms/](https://netzpoltik.org/2019/leaked-document-eu-commission-mulls-new-law-to-regulate-online-platforms/)) (fecha de la última consulta: 17 de octubre de 2019).

II. Los servicios digitales en la actualidad

En la DCE, la única actividad de los intermediarios que merece ser tenida en cuenta es la de quienes transmiten o alojan contenidos de terceros, que son actividades que pueden o no ser desarrolladas por proveedores de intermediación distintos. En particular : a) acceso, que facilita al usuario la conexión a la red y que tiene una función meramente técnica de transmisión de información (art 12); b) almacenamiento automático, intermediario y temporal con el fin de reducir el tiempo de transmisión de la información y evitar que internet se sature como consecuencia de una elevada demanda del mismo material (art. 13); c) almacenamiento permanente o *hosting* de los datos facilitados por el destinatario del servicio en los servidores del proveedor conectados a internet (art 14). Algunos proveedores tanto pueden ser considerados de acceso como de alojamiento y otros, por el contrario, es difícil encajarlos en alguna de esas categorías (a propósito del alquiler de nombres de dominio STJUE C-521/17 SNB-REACT). Algunas actividades de los intermediarios que no están contempladas en la DCE reciben protección específica en los Estados Miembros (plataformas de compartición de *software* o videos; plataformas de comercio electrónico en que los bienes pertenecen a terceros; redes sociales; servicios peer-2-peer; blogs o fóruns de discusión) y otras veces ha sido la jurisprudencia europea la que ha aclarado

si se aplica el puerto seguro (e.g. a un proveedor de acceso a una red wifi, STJUE C-484/14, *Mc Fadden*), si bien las soluciones no han sido unívocas para las herramientas de localización de información: así, el TJUE ha excluido la responsabilidad de los motores de búsqueda por los anuncios que enlazan con sitios web de terceros que ofrecen a la venta productos falsificados o sin el consentimiento del titular de la marca (C-236/08 to C-238/08 *Google France*), pero no ha hecho lo mismo con otros proveedores de enlaces, que han sido considerados responsables de un acto de comunicación pública o de explotación de actos relacionados con los derechos de autor (STJUE C-160/15 *GS Media BV*; STJUE C-527/15, *Stichting Brein Jack*; STJUE C-610/15 *Ziggo*; pero *vid.* STJUE C-466/12, *Nils Svensson*) o responsables de la indexación y listado de información con datos personales (STJUE C-131/12, *Google Spain*). Además, los motores de búsqueda son tratados como proveedores de hosting en algunos países (España, entre ellos) y en otros como proveedores de acceso (COM(2003) 702 final, p. 13, n 69; SEC(2011)1641/2, p. 27), con las consecuencias que ello comporta a la hora de aplicar las exenciones de responsabilidad sobre la base de la posibilidad de conocer el ilícito (STJUE C-484/14, *Mc Fadden*).

III. ¿Intermediario o Proveedor?

Parece que el dato relevante para gozar del puerto seguro es que la actividad que lleva a cabo el prestador sea meramente técnica, automática y pasiva (Cdo 42 DCE, STJUE C-236/08 – C-238/08, *Google France*). Es decir, que solo gozaría del privilegio de la exención de la responsabilidad el prestador que no desarrollara un rol activo. Lo es, por ejemplo, el papel que desempeña eBay en la asistencia a los vendedores y en la promoción y el fomento de las ventas de productos falsificados porque se supone que esa promoción conlleva una distribución que le proporciona el conocimiento y control de las ofertas ilícitas de venta que almacena, según la STJUE C-324/09 *L'Oréal*. Pero no es tan evidente el desempeño de un rol activo en otros casos que nada tienen que ver con la infracción de la marca en un mercado *on-line*. En realidad, una cosa es determinar la responsabilidad de los proveedores de alojamiento por ese presunto conocimiento y control de contenidos ilícitos; y otra muy distinta es dilucidar si las plataformas que

invocan la exención de responsabilidad del art. 14 DCE cumplen, en realidad, funciones de intermediación. Lo primero exige dejar de utilizar las expresiones “rol activo/rol pasivo”, que perjudican a los intermediarios cuya función siempre exige una cierta actividad (vgr. motores de búsqueda) y reemplazarlas por su significado real. Lo apropiado es, pues, referirse al “grado de control”, al desempeño de “funciones editoriales”, o al “conocimiento real del ilícito”. Lo segundo exige establecer qué criterios identifican a las plataformas que actúan como proveedores a pesar de reclamar para sí un rol distinto (STJUE C-434/15 *Uber Spain* y STJUE C-320/16 *Uber France*; art. 19.2 *ELI Model Rules on online platforms*).

IV. La diligencia del operador económico: La adopción de medidas proactivas

La Comisión insta a adoptar nuevos enfoques de investigación e innovación para desarrollar programas de filtrado y bloqueo y asume que esa carga es un deber de las empresas (COM(2017) 555 final, p. 14). Con todo, ya se ha dicho que solo el proveedor pasivo puede gozar del puerto seguro. Existe, pues, el riesgo de que la adopción voluntaria de medidas proactivas se identifique con un conocimiento de la ilegalidad que acabe terminando por calificar al proveedor de “activo”. No es muy razonable si, a fin de cuentas, ese conocimiento sirve, precisamente, para eliminarlo; pero para conjurar el riesgo, los documentos institucionales reiteran *ad nauseam* que las medidas voluntarias adoptadas para aumentar la confianza y ofrecer un servicio más competitivo no deben llevar a ese resultado (COM(2016) 356 final, p. 9; COM (2017) 555 final, pp. 12, 13; Cdo. 27, arts.18, 36-37 C(2018) 1177 final). Según parece, se trataría de aplicar la norma del “buen samaritano” (Sartor, Giovanni, “Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future”, In-Dept Analysis for the IMCO Committee, IP/A/IMCO/2017-07, Octubre 2017, pp. 27, 29). Lo que ocurre es que ninguno de esos documentos aclara las consecuencias que tendría que, a pesar de actuar de buena fe (con todas las garantías y salvaguardias), los proveedores no eliminasen los contenidos que resultaran ser ilícitos o impidieran el acceso a contenidos que no lo fueran. Con buen criterio, se ha sugerido que en esos casos la acción de responsabilidad contra los proveedores solo debería tener

lugar ante fallos sistémicos (House of Lords. Select Committee on Communications. 2nd Report of Session 2017-2019, “Regulating in a digital world”, impreso el 26 de febrero y publicado el 9 de marzo de 2019, pp. 53-54, 55). El documento que se ha filtrado alude escuetamente a la necesidad de aclarar la ausencia de responsabilidad “por la adopción de medidas proactivas”.

V. Mecanismos de moderación de contenidos

Una de las carencias más destacadas de la DCE es la no inclusión de regla alguna sobre procedimientos privados de *notice and take down* (aviso al intermediario de la existencia de contenido ilícito en las redes; y subsiguiente eliminación de ese mismo contenido a petición del notificante, normalmente la víctima). Retirar información ilegal sin que sea preciso esperar a que una orden judicial lo autorice ahorra tiempo y dinero, pero eso deja en manos de los privados cómo debe ser el comportamiento de los usuarios y, por eso, la regulación debe ir acompañada de la posibilidad de acceder fácilmente a procedimientos judiciales o extrajudiciales de resolución del litigio. Además, la eficacia de tales procesos requiere transparencia a la hora de explicar los criterios que se hacen servir y el porcentaje anual y tipo de contenidos removidos y, en su caso, revisión previa a la retirada por personas expertas. El sistema debería prevenir o minimizar las reclamaciones abusivas y quizás a ello podría contribuir que, tras recibir una contra-notificación defendiendo el contenido alojado, el proveedor de servicios pudiera reponer los contenidos, de manera que la carga de iniciar el proceso recayera sobre el titular del derecho. Así mismo, deberían aclararse las políticas de retirada o bloqueo del acceso a los contenidos para evitar la violación de derechos fundamentales. Todas esas son cuestiones que ya están presentes en las Recomendaciones de la Comisión (C(2018) 1177 final) y que en parte ya desarrollan actos legislativos recientes (vgr. art. 17 (9) Directiva (EU) *Copyright*). El documento que se ha filtrado anuncia la adopción de medidas que salvaguarden los derechos fundamentales y sugiere además la posibilidad de adoptar distintas medidas en función del tipo de actividad y de contenido.

V. Reflexiones finales

En el mundo de internet, el reto es proteger a las víctimas, sin incurrir en el riesgo de dañar a los creadores, perjudicar la libertad de expresión e información, o hundir el negocio de las empresas. La economía digital y, con ella, la creciente relevancia de las plataformas en línea ha incrementado la tendencia a imponer controles preventivos a los intermediarios, gracias a que los avances tecnológicos permiten la adopción de medidas fiables y proporcionadas para la detección y el bloqueo de contenidos ilícitos. Muchos jueces nacionales han acabado imponiendo la obligación de actuar en función de la capacidad técnica de las grandes empresas (crítico, Frosio, Giancarlo, ‘The Death of “No Monitoring Obligations” A Story of Untameable Monsters’, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, 8, pp. 199–215) y la reciente STJUE C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek* da a entender que eso no vulnera el art. 15 DCE. La tendencia a imponer medidas de control también puede observarse a nivel legislativo. La nueva Directiva *Copyright* obliga a los grandes proveedores de alojamiento *online* (a quienes ya no trata como intermediarios de *hosting*) a llevar a cabo una verificación automática (filtrado y bloqueo) de los contenidos a fin de evitar la responsabilidad por la difusión de obras no autorizadas [art. 17 (4) (b) y (c)]; además, los Estados miembros pueden imponer a los proveedores de plataformas de intercambio de vídeos medidas de control más detalladas o más estrictas que las contempladas en la Directiva de servicios de medios audiovisuales (nuevo art. 28 bis 6 Directiva Servicios Audiovisuales); los proveedores de alojamiento también pueden verse obligados a aplicar medidas proactivas para impedir la difusión de contenidos terroristas (COM(2018) 640 final, Cdo. 19, art. 6). Como era de esperar, la Comisión Europea prevé actualizar la Directiva sobre comercio electrónico con esa misma orientación. Es decir, no solo se exigirá a los intermediarios que reaccionen (rápidamente) ante las quejas de los usuarios, sino que además se les pedirá buscar por su cuenta las ilegalidades. Es importante que, por primera vez, se prevea la necesidad de establecer medidas específicas para conocer la transparencia del algoritmo ante las tecnologías automáticas de filtrado. Y es que la tecnología no solo no puede siempre detectar las ilegalidades sino que además puede tener efectos discriminatorios y contrarios a los derechos fundamentales.



Responsabilidad civil y diligencia de los intermediarios desde la perspectiva de la propiedad intelectual

Gerald Spindler *

I. Introducción

La responsabilidad jurídica de los intermediarios de Internet ha sido un tema candente desde mediados de los años 90. Después de que la Unión Europea y diversos Estados introdujeran privilegios de puerto seguro para los intermediarios con el fin de protegerlos de riesgos excesivos, se inició un movimiento en sentido contrario, encabezado por los titulares de derechos de propiedad intelectual, que se dieron cuenta, con el auge de *Napster* y la comprensión de archivos MP3, de que su principal modelo de negocio se vería gravemente amenazado por las nuevas tecnologías, en particular por el intercambio a través de intermediarios de Internet de archivos protegidos por derechos de autor, como música, películas, libros, etc. En consecuencia, no es de extrañar que la industria de los derechos de autor comenzara a presentar demandas masivas con el cambio de siglo, concentrándose en primer lugar en los requerimientos contra las plataformas que evidentemente venían incurriendo en piratería o fomentaban y contribuían a su expansión. A su vez, apenas se vieron reclamaciones por daños y perjuicios, porque la creencia generalizada era que los privilegios del puerto seguro de los arts. 12-15 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico blindaban a los intermediarios. Con el éxito amargo de *YouTube* y otras plataformas que generaban unos enormes beneficios, la industria de los derechos de propiedad intelectual tuvo un nuevo acicate para atacar a estas plataformas, ya que afirmaban que sufrían de un “déficit de valor” (*value gap*), lo que significa que *YouTube* se beneficiaba de unos enormes ingresos publicitarios al permitir a los usuarios cargar y distribuir el contenido generado por los propios usuarios, a menudo combinado con material protegido por derechos de autor como los vídeos

musicales, mientras que los titulares de los derechos de autor no se beneficiaban de la misma manera al no haber concedido licencias para esos contenidos generados por los usuarios, a la par que tenían que perseguir a dichos usuarios que usaban sus obras (sin permiso y con abuso). Sin embargo, intentar perseguir a los usuarios resultó ser bastante ineficaz, mientras que era (y es) mucho más fácil demandar al operador de la plataforma, como *YouTube*.

Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia de Unión Europea (TJUE) comenzó a desarrollar el concepto del derecho de puesta a disposición del público consagrado en el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE de derechos de autor en la sociedad de la información. El TJUE expandió el derecho desde las meras infracciones directas hasta incluir también cualquier tipo de conducta auxiliar o contributiva –aunque a veces parecía confirmarse que “malos casos generan mal Derecho”–. Así, el TJUE declaró como infractores del art. 3 de la Directiva 2001/29/CE a los productores de *hardware* que incluían extensiones que llevaban directamente al usuario a contenidos ilegales (caso *FilmSpeiler*). También *Pirate Bay* había sido calificada como infractora directa, ya que *Pirate Bay* contenía información sobre cómo utilizar las plataformas de piratería, incluso aunque *Pirate Bay* no albergaba ningún tipo de contenido de música, películas, etc. ilícitos (caso *Pirate Bay*). De esta manera, incluso más allá de las acciones de cesación, que siempre desembocaban en la adopción de medidas de advertencia y de retirada, el Tribunal declaró a estos “intermediarios” responsables de daños y perjuicios. En este contexto, el Tribunal Supremo Federal alemán preguntó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si *YouTube* también debería ser tratado como un infractor directo, dado que *YouTube* potencia la distribución ilícita

de contenido protegido por propiedad intelectual.

II. La nueva Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital

El nuevo art. 17 de la recientemente adoptada Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019 encaja directamente en esta evolución. El art. 17.1 de la Directiva 2019/790 adopta el planteamiento del TJUE al declarar responsable al intermediario si no intenta obtener las pertinentes licencias de los titulares de los derechos. El art. 17.1 de la Directiva extiende el derecho de poner a disposición del público (y de la radiodifusión pública, como el *streaming*) explícitamente a los intermediarios, aunque tradicionalmente hayan sido tratados como actores auxiliares (según las leyes nacionales).

1. Ámbito de aplicación

Sin embargo, el art. 17.1 de la Directiva no se aplica a todos los intermediarios (proveedores de alojamiento). El art. 2.6 de la Directiva trata de delimitar el ámbito de aplicación del art. 17 a aquellos proveedores que almacenan una gran cantidad de contenidos (generados por el usuario) con el fin de compartirlos con otros, y de forma organizada y “publicitada” (el servicio los “organiza y promociona con fines lucrativos”). La publicidad en este caso significa sólo marketing en general, no promoción directa de los contenidos generados por el usuario. El principal objetivo de esta definición es incluir todo tipo de servicios que puedan sustituir a los canales clásicos de distribución. Además, los proveedores de servicios de alojamiento en la nube que se dedican principalmente a la distribución de contenidos piratas están incluidos en esta

* Catedrático de Derecho de Derecho Civil, Mercantil y Económico, Derecho Comparado y de las Telecomunicaciones (U. de Göttingen). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente. La traducción ha estado a cargo de este último.

definición, aunque no se mencionen de forma directa.

Dada la amplitud de la definición, no es de extrañar que el legislador de la UE se esforzara durante las negociaciones por limitar el ámbito de aplicación. En general, se excluyen todos los servicios no comerciales como la *Wikipedia* o los repositorios científicos. También, incluso las plataformas de intercambio comercial como *Amazon* o *eBay* están exentas, ya que su principal modelo de negocio no se centra en el contenido generado por el usuario. Además, los proveedores de servicios comerciales de almacenamiento en la nube como *Google Drive* y similares tampoco están incluidos en el art. 2.6 de la Directiva 2019/790. Sin embargo, aún quedan algunas zonas grises, ya que los servicios suelen oscilar entre la comunicación masiva y la individual.

2. El planteamiento general

El enfoque general del art. 17 consiste en dos pasos: en primer lugar, el proveedor tiene que obtener licencias para el contenido alojado, haciendo todos los esfuerzos razonables. En caso de que no obtenga las licencias, deberá demostrar que impide la carga de contenidos generados por los usuarios de acuerdo con los mejores estándares industriales disponibles y con base en la información que los titulares de los derechos le proporcionaron (art. 17.4.b Directiva 2019/790). El art. 14 de la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico y el privilegio del puerto seguro no se aplican. Por último, si el proveedor recibe la notificación de un titular de derechos que denuncia un contenido ilícito generado por un usuario, el proveedor tiene que eliminar ese contenido y bloquear cualquier intento del usuario (y de otros) de volver a subirlo (notificación y suspensión, *ex art.* 17.4.c Directiva 2019/790). Sólo si el proveedor cumple con esta prueba de dos pasos se beneficiará de un privilegio respecto a la responsabilidad civil.

En cuanto a las licencias, sin embargo, ni los titulares de derechos ni los proveedores están obligados a otorgar una licencia; un proveedor sólo está obligado a realizar todos los esfuerzos necesarios para obtener un “permiso” (lo que en la práctica significa, en la mayoría de los casos, una licencia).

Si el proveedor ha obtenido una licencia, ésta cubre también cualquier acción del usuario, siempre y cuando el usuario actúe

sin ánimo de lucro. Por lo tanto, cualquier líder de opinión (*influencer*, etc.) en *Youtube* que deba calificarse que actúa con fines de marketing comercial no está cubierto por esta extensión de las licencias. Por otra parte, sigue sin estar claro si los titulares de los derechos son remunerados doblemente, una vez por el usuario comercial y la otra por el proveedor de servicios de hospedaje, lo que refleja el enfoque problemático adoptado por el artículo 17 (y por el TJUE) al considerar como una infracción directa la de alguien que sólo actúa como auxiliar.

Examinado más en detalle, el art. 17.4.a.c de la Directiva 2019/790 suscita muchas preguntas: como el art. 17 se refiere a “normas sectoriales estrictas de diligencia profesional”, no está claro quién las va a definir, si participarán otras partes interesadas distintas de la industria, etc. También su papel en el proceso judicial es indefinido: si se utilizan como prueba *prima facie* en los procedimientos o si son sólo un punto de referencia sustantivo.

Además, los comentaristas del art. 17 se refieren a menudo al principio de proporcionalidad, consagrado en el art. 5 de la propia Directiva 2019/790, el cual justifica, en particular, que algunos (pequeños) proveedores no tengan que respetar la norma de los filtros de carga y que las obligaciones de obtener licencias no se traduzcan en una obligación general de control (que debería excluirse). Sin embargo, esta interpretación no tiene en cuenta la exención de las empresas de nueva creación (*start ups*) que obra en el art. 17.6 de la Directiva, el cual ha sido objeto de un intenso debate durante el proceso de adopción de la norma. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad no puede considerarse como un privilegio para los proveedores más pequeños. Además, en lo que respecta al art. 17.1.4.a, no hay forma de negar que un proveedor tiene que comprobar todos los contenidos de su plataforma si quiere obtener una licencia; de lo contrario, un proveedor nunca sabría para qué contenidos necesitaría una licencia. Por lo tanto, aunque la Directiva 2019/790 trata de evitar una obligación general de supervisión, es difícil sustraerse al hecho de que los proveedores tienen que examinar todo el contenido de su plataforma para determinar si necesitan una licencia, que es claramente una obligación de supervisión en general y sin notificación de los titulares de los derechos, que el TJUE había considerado contraria a los derechos fundamentales europeos en el asunto *SABAM/Netlog*.



Esto se enfatiza incluso en lo que respecta a los mecanismos de corrección del art. 17.7 y 17.9 de la Directiva 2019/790 que tienen por objeto mantener la libertad de expresión. En primer lugar, en el art. 17.7 se mencionan sólo unas pocas limitaciones, como el derecho de cita o el pastiche, pero no otras, como por ejemplo para fines de investigación científica, tal como se consagra en el art. 5.3.a de la Directiva 2001/29 sobre la sociedad de la información. En segundo lugar, el mecanismo sigue sin estar claro, pues, en particular, no se sabe si los usuarios tienen un derecho subjetivo a reclamar el respeto de las limitaciones. Además, la Directiva 2019/790 no contiene ninguna disposición sobre la responsabilidad de los “trolls de derechos de autor”, es decir, las personas que hacen un uso indebido de las notificaciones de propiedad intelectual, así como sobre la responsabilidad de los usuarios que intentan marcar sus contenidos como amparados por el derecho de cita.

III. Perspectivas

Por último, pero no por ello menos importante, el art. 17 de la Directiva 2019/790 parece ser un primer ensayo de las próximas iniciativas europeas destinadas a abandonar los privilegios del puerto seguro contenidas en la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico. Se rumorea que la Comisión Europea reflexionará sobre una nueva Directiva de Servicios Digitales que debería sustituir los privilegios tradicionales de puerto seguro, y que podría basarse más en un enfoque de negligencia que en un procedimiento de notificación y retirada de contenidos.



Los usos en línea de las publicaciones de prensa: viejos derechos, nuevos límites

José Manuel Ventura Ventura *

1. Con la finalidad de proteger a las editoriales de publicaciones de prensa frente a los usos, totales o parciales, de sus publicaciones por parte de terceros, el art. 15 de la Directiva (UE) 2019/790 —del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital— obliga a los Estados miembros a reconocerles dos derechos de propiedad intelectual ya conocidos en el ámbito comunitario: el *derecho de reproducción* y el *derecho de puesta a disposición del público*, previstos en el art. 2 y en el art. 3.2, respectivamente, de la Directiva 2001/29/CE.

La concesión de estos derechos —que durante la tramitación de la Directiva fue muy contestada desde el ámbito académico— vino precedida de una Consulta pública que la Comisión europea planteó entre el 23.3 y el 15.6.2016 sobre el rol de los editores de prensa en la cadena de valor del derecho de autor, y emparenta con las iniciativas legislativas adoptadas al respecto en Alemania (2013) y en España (2014), de signo bien diferente, que sirvieron para poner de manifiesto la dimensión claramente transfronteriza de la materia, como recuerda el Considerando (83) de la Directiva.

Las razones aludidas como justificativas de la concesión de los referidos derechos son de índole patrimonial y, en conexión con ellas, de facilitación de la legitimación procesal, con el “punto de mira” puesto en los nuevos servicios en línea que han venido haciendo uso de las publicaciones de prensa: los llamados *agregadores de noticias* (como, p. e., *Menéame*) y los *servicios de seguimiento de medios de comunicación* (como, p. e., la aplicación *Squid-Noticias*), cuyo modelo de negocio está en buena medida basado en la reutilización de aquéllas. Se hacía hincapié, en este sentido, en la im-

portante inversión económica que precisan hacer las editoriales para generar las noticias y en la conveniencia de que contaran con un instrumento jurídico específico para reaccionar contra los usos indebidos, siendo muy expresiva, en este sentido, la última parte del Considerando (54) de la Directiva.

2. Los derechos cuya titularidad ostentarán las *editoriales* (concepto que comprende a los prestadores de servicios como editoriales de noticias o agencias de noticias) tienen como *objeto* lo que la Directiva llama una “*publicación de prensa*”, definida en su art. 2.4) como “*una recopilación compuesta principalmente por obras literarias de carácter periodístico, pero que también puede incluir otras obras u otras prestaciones, y que: a) constituye un elemento unitario dentro de una publicación periódica o actualizada regularmente bajo un único título, como un periódico o una revista de interés general o especial; b) tiene por finalidad proporcionar al público en general información sobre noticias u otros temas, y c) se publica en cualquier medio de comunicación por iniciativa y bajo la responsabilidad editorial y el control de un prestador de servicios*”, excluyéndose expresamente a las revistas científicas de tal concepto, en el que quedan comprendidos los periódicos de publicación diaria o las revistas semanales o mensuales de interés general o especial, como se menciona expresamente en el Considerando (56) de la Directiva, y sin que sea óbice para invocar la protección que la publicación tenga lugar en soporte papel.

3. Los derechos referidos *supra* (1.) revisan el carácter de *exclusivos*, lo que implica que tras la transposición de la Directiva (que tiene como fecha límite el 7.6.2021) el uso *lícito* de las publicaciones de prensa requerirá, necesariamente, el consentimiento de las editoriales, que previsiblemente lo

prestarán a cambio de una retribución, sobre cuya cuantía nada puede adelantarse.

A pesar de que el art. 15 de la Directiva no los califica expresamente como tales, se han de conceptuar como *afines*, según resulta del Considerando (55), permitiendo ello pensar que el legislador comunitario se ha inclinado por la solución de la legislación alemana, que en 2013 concedió a las editoriales un derecho *conexo* o *afín* (el llamado *Presseleistungsschutzrecht*), a diferencia de lo que sucedió en España, donde, partiendo de la consideración de que todas las aportaciones a una publicación de prensa presentan el nivel de originalidad suficiente como para ser protegidas mediante un derecho de autor (o, acaso, considerando al periódico como una *obra colectiva*), en 2014 se llevó al Libro 1.º del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) un límite al mismo (art. 32.2), haciendo innecesaria la autorización del titular, a quien se compensó con un simple derecho de remuneración, de carácter *irrenunciable*.

Los derechos se conceden por un plazo breve, de tan solo 2 años (a contar desde la fecha de la publicación), lo que tiene sentido si se piensa en la rapidez con que las noticias dejan de tener actualidad. Y, como prevé el art. 15.2 de la Directiva, no afectarán en modo alguno a los derechos de los autores u otros titulares —frente a quienes no se podrán invocar— sobre los objetos sobre los que respectivamente se proyectan.

4. Como era inevitable, los derechos que ahora se conceden a las editoriales de publicaciones de prensa están sometidos a *límites*, que se fijan por remisión al art. 5 de la Directiva 2001/29/CE. Pero, además, en el propio art. 15.1 de la Directiva se mencionan expresamente tres casos en que no se-

* Profesor Contratado Doctor de Derecho civil (U. La Rioja). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente.

rán alegables por su titular, quien no podrá invocarlos: 1.º) frente al uso privado o no comercial de las publicaciones de prensa por parte de usuarios individuales; 2.º) frente a la utilización de hiperenlaces; y 3.º) para perseguir la utilización de *palabras sueltas* o *extractos muy breves* de una publicación de prensa (inciso en el que parece querer reflejarse la institución del uso inocuo), lo que en la práctica presumiblemente planteará problemas, saliendo el Considerando (58) al paso de una posible interpretación de la expresión “*extractos muy breves*” que termine por hacer ineficaces los derechos concedidos.

5. La transposición de la Directiva indudablemente llevará consigo la ampliación del Libro 2.º del TRLPI, para incorporar en él a los nuevos titulares de los referidos derechos afines. Y, en principio, supondrá la derogación del párrafo 1.º de su art. 32.2, pues resultará incompatible la convivencia de derechos exclusivos —de gestión individual— sobre un *objeto* cuya utilización sin autorización genera hoy en día el derecho —de gestión colectiva obligatoria— al cobro de una remuneración, salvo que se entienda que el actual derecho de simple remuneración tiene un objeto distinto, “gravando”, justamente, la utilización de lo que no queda comprendido en el de aque-

llos: las *palabras sueltas* y los *extractos muy breves* de una publicación de prensa, para lo que sería necesario concluir que estos equivalen a los *fragmentos no significativos de contenidos* a que hace referencia la norma española.

Las razones aludidas *supra* (1), de facilitación de la legitimación procesal, permitirán a las editoriales de publicaciones de prensa comparecer en juicio, tras la correspondiente transposición de la Directiva, como titulares *originarios* del objeto litigioso (art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y no como simples cesionarios de derechos surgidos en cabeza de otros sujetos.

Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado, contratos de consumo concluidos por vía electrónica y normas de derecho internacional privado

Raúl Lafuente Sánchez *

La contratación *on line* ha venido funcionando desde hace ya algunas décadas con diferentes resultados, dependiendo del perfil de consumidor existente en cada país y de los mercados elegidos por las empresas y prestadores de servicios para desarrollar su actividad. Si bien la experiencia existente en esta materia puede considerarse positiva, no hay que olvidar los obstáculos que todavía subsisten para conseguir un verdadero mercado único digital en la Unión Europea. Uno de ellos, el bloqueo geográfico, que permitía a los comerciantes discriminar a la hora de comercializar sus productos en función de la nacionalidad, del lugar de residencia o establecimiento de los consumidores, ha quedado prohibido a raíz de la aplicación del Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación

por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior, desde diciembre de 2018.

I. Objetivo y ámbito de aplicación del Reglamento sobre bloqueo geográfico

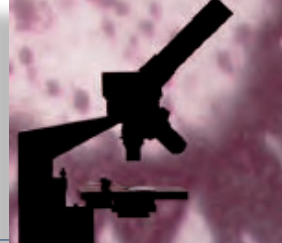
El Reglamento sobre bloqueo geográfico tiene como finalidad eliminar la discriminación directa e indirecta basada en la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento de los clientes. Para alcanzar este objetivo, prohíbe a los comerciantes el uso de medidas tecnológicas o de otro tipo con el fin de bloquear o limitar el acceso de los clientes a sus interfaces en línea.

Su ámbito de aplicación, que alcanza a todos los Estados parte en el EEE, se circunscribe a situaciones transfronterizas no

siendo de aplicación a situaciones puramente internas de un Estado miembro. De esta suerte, todo profesional -comerciante o prestador de servicios que desarrolle su actividad en el mercado de la Unión Europea- viene obligado a cumplir con las disposiciones de este Reglamento, siendo indiferente que se encuentre domiciliado en un Estado miembro o en un tercer Estado, garantizando así una competencia leal y en pie de igualdad para todos los operadores que actúen en el ámbito territorial del Reglamento.

A su vez, esta norma otorga protección a los clientes, ya se trate de consumidores -nacionales de un Estado miembro o nacionales de terceros Estados con residencia habitual en un Estado miembro-, o de empresas -que tengan su establecimiento en un Estado miembro- siempre que adquieran un producto o reciban un servicio

* Profesor Titular acreditado de Derecho internacional privado (U. de Alicante). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente.



para su uso final en el territorio de la Unión Europea en el que residen o se encuentran temporalmente.

Por otra parte, si bien el Reglamento no se aplica a las actividades excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior -por ejemplo, los servicios en el ámbito del transporte, los servicios financieros, los servicios audiovisuales o los relacionados con el sector del juego-, su contenido resulta de gran relevancia ya que puede afectar, de una parte, a la protección de los derechos del consumidor y, de otra, de los comerciantes, especialmente las pequeñas y medianas empresas. En fin, el Reglamento se aplica tanto a las ventas *on line* cuanto *off line*, por lo que abarca, igualmente, aquellas transacciones que se realicen a través de lo que se denominan canales integrados (multicanal).

II. Interacción entre el Reglamento y las normas de Derecho internacional privado

En el ámbito de la contratación B2C en el Mercado Único Digital, entran en liza las normas de Derecho internacional privado y, en particular, las relativas a la protección del consumidor previstas en el artículo 17.1 c) del Reglamento Bruselas I bis y en el artículo 6.1 b) del Reglamento Roma I, que establecen la posibilidad de que los consumidores puedan demandar ante los tribunales del Estado miembro de su residencia habitual y que se aplique la ley del foro, siempre que pueda acreditarse que el comerciante o prestador de servicios ha dirigido su actividad al Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor.

Pues bien, el Reglamento sobre bloqueo geográfico dispone que de su cumplimiento no se derivará que el comerciante dirige sus actividades al domicilio o residencia habitual del consumidor en el sentido de lo dispuesto en los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I.

III. El concepto de “actividad dirigida” al Estado miembro del consumidor

El TJUE, en sus decisiones *Pammer y Alpenhof*, *Mühlleitner*, *Emrek* y *Kampik* ha tenido ocasión de interpretar la expresión “dirigir las actividades” al Estado miembro

del domicilio o residencia habitual del consumidor recogida en las mencionadas normas de Derecho internacional privado y de ella se deduce que opta por una clara protección del consumidor, pues la interpretación que ha llevado a cabo adquiere una dimensión muy amplia que puede o no coincidir con la voluntad real de los comerciantes y prestadores de servicios. Esta afirmación tiene su fundamento en el amplio catálogo de indicios (sin carácter exhaustivo, por lo que podrían ampliarse en un futuro) que ha elaborado el TJUE para justificar que un comerciante (o su *web*) tiene la voluntad de dirigir su actividad hacia el Estado del domicilio del consumidor, si bien es cierto que habrá que evaluar y graduar en cada caso concreto la concurrencia de uno o varios de estos indicios.

En mi opinión, si bien el consumidor representa la parte más débil en la relación contractual, y como tal ha de ser objeto de protección, no se trata de ahondar en el desequilibrio entre las partes desde la perspectiva del comerciante, sino que habrá que analizar en cada caso concreto tanto los indicios que concurren en su página web cuanto las medidas activas que haya adoptado para dirigir su actividad al mercado de conquista o, a *sensu contrario*, las adoptadas para evitar las relaciones con el foro del consumidor. Pues una protección exorbitante del consumidor podría romper el equilibrio que ha de existir entre el interés del Estado -la protección de sus ciudadanos designando competentes sus tribunales- y el de los comerciantes y prestadores de servicios que se ven sometidos a los tribunales del demandante y a la ley de su Estado. A pesar de ello, entiendo que las condiciones que impone el TJUE en su doctrina respetan el deseable equilibrio que ha de existir entre las partes y resultan perfectamente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda plantearse una posible indefensión por ninguna de las partes.

IV. Coexistencia entre la prohibición de bloqueo geográfico por parte del comerciante y la voluntad de “dirigir sus actividades” al Estado miembro del consumidor

En este contexto, considerar que el Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado implica que el comerciante ha diri-

gido su actividad a todo el territorio desde el que su web sea accesible, sería abundar en esa interpretación generosa que el Tribunal ya ha acuñado favoreciendo aún más la protección del consumidor. Por ese motivo, el propio Reglamento se apresura a rechazar tal interpretación. Y así, la aplicación del Reglamento sobre bloqueo geográfico ha de ser compatible con la aplicación de las normas de Derecho internacional privado previstas en los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I en materia de contratos de consumo, calificando el acceso a la interfaz del comerciante y la acción de dirigir sus actividades comerciales al Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor como dos acciones claramente diferenciadas.

Por consiguiente, podría afirmarse: i) que la aplicación del Reglamento sobre bloqueo geográfico no interfiere en la interpretación y aplicación de los indicios definidos por el TJUE respecto al concepto de “actividad dirigida” al Estado miembro del consumidor; ii) que esos criterios siguen plenamente vigentes y aplicables en el marco de la actividad regulada por el Reglamento sobre bloqueo geográfico para identificar cuando un comerciante ha dirigido su actividad al Estado miembro del consumidor al objeto de activar la protección prevista en los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I; iii) que no resulta necesaria una reinterpretación ni modificación de esos criterios sino más bien una adaptación de los mismos a la nueva situación planteada tras la entrada en vigor del Reglamento sobre bloqueo geográfico; y iv) que al socaire de la aplicación del mencionado Reglamento y de la observancia por parte de los comerciantes de la prohibición de las prácticas de bloqueo injustificado que regula, podrían inferirse otros elementos o indicios compatibles con los ya definidos por el TJUE con el fin de identificar si un comerciante ha “dirigido su actividad” al Estado miembro del consumidor -por ejemplo, la libertad del comerciante para organizar su actividad comercial, el territorio designado para entregar los productos o servicios, el cumplimiento de los requisitos legales nacionales no contractuales del país del consumidor, o el carácter activo o pasivo de su web-; indicios que, en cualquier caso, habrán de ser refrendados o rechazados por el TJUE en su futura jurisprudencia.

Conducción autónoma y responsabilidad civil

Mónica Navarro Michel *

El Parlamento Europeo, en su Resolución de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica, destacó que el sector del automóvil es el que precisa con mayor urgencia de normas que garanticen el desarrollo transfronterizo de los vehículos autónomos y automatizados, y que una de las cuestiones fundamentales a abordar es la responsabilidad civil a nivel europeo, para evitar la fragmentación de los enfoques normativos que podría obstaculizar la implantación de los sistemas de transporte autónomos y poner en peligro la competitividad europea. Es preciso, por tanto, analizar si las normas actuales sobre responsabilidad civil, que fundamentalmente son las de accidentes de circulación y las de producto defectuoso, resultan aplicables a los vehículos autónomos y automatizados o si, por el contrario, es necesario introducir cambios para una adecuación eficiente a la nueva realidad que, tarde o temprano, entrará en el mercado.

Cabe distinguir entre conducción autónoma y conducción automatizada. Según las definiciones de la SAE Internacional (*Society of Automotive Engineers*), existen seis niveles de automatización, y sólo los dos últimos son, propiamente, autónomos. El nivel 0 corresponde a la conducción manual sin dispositivos de asistencia, aunque es compatible con el frenado automático. Los vehículos de nivel 1 y 2 tienen uno o varios dispositivos de asistencia en la dirección y/o velocidad. Estos tres primeros niveles exigen al conductor humano estar al mando del vehículo y controlarlo en todo momento. En el nivel 3, el vehículo ya puede asumir ciertas tareas de conducción, y controlar su entorno, pero el conductor humano debe estar en condiciones de asumir la conducción, en cualquier momento, si es requerido por el vehículo. Para ello, debe estar atento al vehículo, y éste es precisamente el reto que tiene para el conductor humano, puesto que se ha demostrado que los humanos “desconectan” si tienen que

prestar atención a actividades aburridas (que no es conducir, sino estar atento a la conducción del vehículo automatizado). Si el vehículo, al detectar alguna situación de peligro, requiere al conductor humano que asuma la conducción, la respuesta de la persona ha de ser rápida, y difícilmente lo será cuando ha dejado de prestar atención. El reto de los vehículos de nivel 3 es cómo asegurar el tránsito rápido de la conducción automatizada a la conducción humana. Los niveles 4 y 5 son, propiamente, de vehículos autónomos, y la diferencia está en que el vehículo de nivel 4 será autónoma en determinadas condiciones (meteorológicas y geográficas) y el de nivel 5 lo será en todas las condiciones posibles.

Actualmente los vehículos de nivel 4 y 5 que circulan en España están en período de pruebas, y han obtenido una autorización previa de acuerdo con la Instrucción 15/V-113, de 13 de noviembre de 2015, sobre autorización de pruebas o ensayos de investigación realizados con vehículos de conducción automatizada en vías abiertas al tráfico en general, aprobada por la Dirección General de Tráfico (DGT). Esta regulación brinda la primera definición de vehículo autónomo, entendiendo por tal “todo vehículo con capacidad motriz equipado con tecnología que permita su manejo o conducción sin precisar la forma activa de control o supervisión de un conductor, tanto si dicha tecnología autónoma estuviera activada o desactivada, de forma permanente o temporal.”

Los vehículos autónomos de nivel 4 (cuando circulen en modo autónomo) y los de nivel 5 no tienen un conductor humano; las personas que, en su caso, los ocupan, tienen la condición de pasajeros. Luego la responsabilidad no se puede centrar en el conductor humano, sino en el propietario no conductor. Sin embargo, la regulación actualmente vigente de accidentes de circulación, Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba

el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSVM), está pensada para el propietario que tiene una relación de dependencia con el conductor (típicamente, la relación empresario-dependiente). La LRCSVM debería incluir una norma para disponer que, en caso de accidente causado por el vehículo de nivel 4 y 5, será responsable el propietario del vehículo. La regulación actual impone responsabilidad objetiva por los daños causados a las personas, para asegurar que el perjudicado obtenga una indemnización, y responsabilidad subjetiva por daños causados a las cosas. Debería aplicarse un mismo criterio de imputación objetivo a los daños causados por vehículos autónomos, también para los daños causados a las cosas, pues difícilmente se puede analizar la negligencia del conductor si no hay un humano a cargo de esa conducción.

El vehículo autónomo también puede ser un producto defectuoso, según el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDCU). El fabricante del producto final responde de todos los componentes, incluido el *software*. La actualización posterior del *software* por internet ha planteado problemas jurídicos (¿es un producto? ¿es un servicio?), sobre los que las nuevas Directivas de 2019 sobre contratos de suministro de contenidos digitales y sobre compraventa de bienes arrojan alguna luz. La definición de producto defectuoso está vinculado a la frustración de las expectativas legítimas de seguridad del gran público y, en relación con los vehículos autónomos, parece que estas expectativas son elevadas, dada la presentación que hacen los fabricantes de los vehículos autónomos, en ocasiones, por encima de las posibilidades reales del vehículo. Habrá que ver también qué papel juegan en esta presentación los concesionarios de vehículos. Además del defecto de informa-

* Profesora Agregada de Derecho Civil (U. Barcelona). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (octubre 2019), forma parte de las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo de la U. Barcelona.



ción, el vehículo puede tener un defecto de fabricación o de diseño, siendo este último el que presenta mayores particularidades. Una de las cuestiones que se debería analizar con detenimiento gira en torno a la excepción de riesgos de desarrollo, que permite al productor quedar exonerado de responsabilidad si el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto no permitía apreciar la existencia del defecto. Esta excepción protege a los sectores emergentes de la industria, pero cabe plantear si, para generar confianza en el mercado, el legislador debería eliminar la posibilidad de alegación de la excepción

de los riesgos de desarrollo, como ya hace respecto de los medicamentos y alimentos.

Se ha planteado también la posibilidad de hacer una ley específica para los vehículos autónomos, como robots que son. Sin embargo, no parece que la autonomía de los vehículos autónomos les lleve a adoptar decisiones absolutamente imprevisibles que es, en definitiva, lo que justificaría esa responsabilidad propia, con atribución en su caso, de personalidad jurídica. Los vehículos autónomos no dejan de ser instrumentos en manos de otros agentes, como el fabricante o el propietario, en quienes se canaliza la responsabilidad. En cualquier ca-

so, creo que la responsabilidad de éstos deber ser objetiva. Es cierto que la responsabilidad objetiva está vinculada a actividades peligrosas (trenes, aeronaves) y puede parecer contradictorio mantener ese criterio de imputación a una actividad (la conducción autónoma) que está llamada a reducir el riesgo de accidentes de circulación. Pese a ello, la finalidad de asegurar la obtención de una indemnización al perjudicado, y la generación de confianza en este sector emergente, aconsejan el mantenimiento de criterios objetivos de imputación de responsabilidad por los daños causados por vehículos autónomos.

Voluntades digitales en caso de muerte

M. Esperança Ginebra Molins *

I. Introducción: ¿Qué ocurre con nuestro “rastreo digital” cuando morimos? ¿Y con nuestro “patrimonio digital”?

La actividad cotidiana de cualquier persona deja hoy “rastreo digital”. Cada vez que creamos una cuenta o un perfil, enviamos un correo electrónico, compartimos fotos con amigos a través de redes sociales, almacenamos documentos o fotografías en la nube, accedemos a bienes y servicios que se prestan a través de internet..., estamos aumentando nuestra presencia online, nuestro “rastreo digital”. A la vez, desde una perspectiva patrimonial, “creamos / adquirimos / obtenemos el derecho a usar o a acceder a” “bienes / contenidos” digitales, “contratamos / utilizamos” servicios digitales (con distintas finalidades: almacenamiento, acceso a contenidos, comunicación, o incluso de carácter mixto). Y, en la medida que todo ello tenga contenido económico, nutrimos nuestro “patrimonio digital”.

¿Qué ocurre con nuestro “rastreo digital” –en sí potencialmente eterno– cuando fallecemos? ¿Y con nuestro “patrimonio digital”? ¿Cuál es la suerte de los bienes y

servicios digitales que dejamos al morir? ¿Qué ocurrirá con nuestras cuentas de LinkedIn o Facebook? ¿Y con las de correo electrónico? ¿Podrán nuestros seres queridos y/o herederos acceder a las mismas y a los contenidos que albergan? ¿Podrá alguien cancelarlas? Conviene tener en cuenta en este sentido que en ocasiones los perfiles cuyo titular ha fallecido siguen interactuando en el mundo digital (publicando aniversarios, recomendando amistades...). Conviene evitar que Twitter recomiende seguir, que Facebook proponga hacer amistad, que LinkedIn invite a conectar con personas fallecidas o a felicitarles por su aniversario en una determinada empresa...

¿Podemos prever algo en torno a todo ello? ¿Qué ocurre si no prevenimos nada?

II. “Rastreo digital”: “identidad digital” y “patrimonio digital”. Aproximación personal y/o patrimonial

Cuando nos referimos al “rastreo digital” de una persona debemos tener en

cuenta cuestiones muy diversas, tanto eminentemente personales –relacionadas con la “identidad digital”– (datos personales, derecho a la intimidad/privacidad, secreto de las comunicaciones...), como patrimoniales (vid. García Herrera, V. “La disposición sucesoria del patrimonio digital”, *Actualidad Civil*, nº 7-8, 2017; Cámara Lapuente, S., “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, 2019, p. 399 [texto disponible en: http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS_ACADEMIA/059-07-SERGIO_CAMARA.pdf [fecha de la consulta: 04.10.2019]). A su vez, desde este último punto de vista, el “patrimonio digital” comprende elementos muy dispares y heterogéneos, que pretenden aglutinarse a veces con expresiones como “bienes digitales”, “contenidos digitales”, “activos digitales”, “bienes y servicios digitales”...

El hecho de que en el “rastreo digital” pueden verse involucrados tanto aspectos de carácter netamente personal como patrimonial –que, además, aparecen

* Profesora Titular de Derecho civil (U. de Barcelona). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P y en las actividades del Grup de Dret civil català de la U. Barcelona (2017 SGR 151).

entremezclados o interrelacionados—determina que la aproximación al “rastreo digital” dejado por la persona al fallecer pueda hacerse: o bien desde una perspectiva eminentemente patrimonial—sucesoria, del destino del “patrimonio digital” tras el fallecimiento de su titular, de su “heredabilidad” o no...; o bien desde una perspectiva eminentemente personal, de la protección *post mortem* de la intimidad/privacidad, de los datos personales, o, en suma, de la personalidad pretérita del fallecido.

La interacción de ambos puntos de vista queda patente en diversos casos planteados en las últimas décadas en la práctica norteamericana. En ellos se pone de manifiesto la tensión o el “tira y afloja” entre la perspectiva puramente patrimonial (de la pretendida “propiedad”, “transmisibilidad” o “heredabilidad”) y la perspectiva personal (de la protección de la privacidad y de los datos personales, no solo del fallecido, sino también de terceros) [al respecto, *vid.* López, A. B., “Posthumous privacy, decedent intent, and post-mortem access to digital assets”, *Geo. Mason L. Review*, Vol. 24:1, 2016-2017, p. 183; Ginebra Molins, M. E., “Morir en la era digital: «Voluntades digitales», intimidad y protección de datos personales”, en Madrid Parra, A. –Dir.–, *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 126-128]. Y, como no podía ser de otro modo, la cuestión se ha planteado también en Europa, donde destaca la sentencia del Tribunal Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) de 12 de julio de 2018, en la que prima la perspectiva sucesoria (al respecto, *vid.* Cámara Lapuente, S., “La sucesión mortis causa...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 379-381).

Este doble enfoque, personal y patrimonial, se manifiesta también a nivel legislativo en los distintos ordenamientos que han regulado hasta hoy esta materia. Así, responde a un punto de vista esencialmente patrimonial, de la sucesión o de la administración de la herencia, por ejemplo, la Ley Modelo estadounidense aprobada por la *Uniform Law Commission* en 2014 y modificada en 2015 (la *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* [RUFADAA], que ha sido adoptada por la mayoría de Estados de Estados Unidos, con singularidades [en cuanto a los Estados que han promulgado leyes basadas en la RUFADAA, *vid.*

4c2-4728-81c6-b39a91ecdf22]). En cambio, la reciente Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto, por la que se regula la ejecución en el ordenamiento jurídico portugués del Reglamento General de Protección de Datos europeo (Reglamento [UE] 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2017 [RGPD]) aborda la cuestión desde la perspectiva de la protección de datos personales (art. 17 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto). Por su parte, la legislación francesa (primero a través de la Ley n.º 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*, y, posteriormente, a través de la *Ordonnance* n.º 2018-1125, de 12 de diciembre de 2018) enfoca también la cuestión desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, si bien, en ausencia de instrucciones dejadas por el fallecido o de mención contraria en las mismas, prevé que los herederos puedan actuar en la medida necesaria para organizar y gestionar la sucesión. También el legislador italiano adopta la perspectiva de la protección de datos personales en el nuevo art. 2 *terdecies* del Código en materia de protección de datos personales (introducido por el Decreto legislativo de 10 de agosto de 2018, n. 101); sin embargo, este precepto prevé que, en el caso que el interesado haya prohibido ejercer los derechos a los que se refieren los arts. 15 a 22 RGPD, dicha prohibición no tendrá efectos perjudiciales para el ejercicio por parte de terceros de derechos patrimoniales derivados del fallecimiento del interesado.

Por lo que respecta a la legislación española, mientras que la Ley catalana 10/2017, de 27

de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña (CCCat), adopta un punto de vista esencialmente patrimonial, de la administración de la herencia, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales [LOPD], en cambio, parte, en principio, de un enfoque personal, de la protección de datos de las personas fallecidas (art. 3 LOPD); sin embargo, esta misma ley adopta un punto de vista más bien patrimonial al regular el mal llamado “derecho al testamento digital” (art. 96 LOPD).

III. “Patrimonio digital” y herencia

Desde un punto de vista patrimonial, los bienes que constituyen el patrimonio digital de la persona y que no se extinguen con su muerte se integran en la herencia (*vid.* arts. 659 Código civil español [CC] y 411-1 CCCat). No es posible hablar, en principio, de una “herencia digital” como algo distinto a la “herencia analógica”. Precisamente, en base a ello, hay quien considera que alguna de las nuevas regulaciones que abordan la cuestión, como la catalana, resulta innecesaria, que se trata de “leyes marketing” o que cumplen simplemente una función pedagógica.

En principio, si se trata de un archivo digital almacenado en un soporte físico (por ejemplo, un disco duro interno o externo, un dispositivo móvil, un pendrive, un CD o DVD...) la propiedad del archivo seguirá el destino del soporte en el que



se encuentre almacenado (García Herrera, V. "La disposición sucesoria", *op. loc. cit.*, 2017); o, más exactamente, la transmisión de la propiedad del dispositivo permitirá acceder, en principio (a no ser que estén protegidos por contraseñas...), a los activos digitales almacenados en el mismo; si bien nada impediría distinguir. Este tipo de activos digitales son, sin embargo, los que plantean menos problemas.

Ahora bien, tratándose de contenidos almacenados en una cuenta o plataforma online, la cuestión se complica, puesto que, por una parte, aparece un tercero con quien el causante había establecido una relación contractual, y, por otra, cobra relevancia la idea de "acceso". Es precisamente en estos "activos" o "contenidos" en los que suele concentrar su atención el legislador (*vid.*, por ejemplo, en este sentido, los arts. 96 LOPD y 411-10 CCCat).

Por otra parte, en algunos casos, la percepción o sensación de "propiedad" (y de transmisibilidad *mortis causa*) de determinados "activos" o "contenidos" digitales que pueda tener la persona no responde a la realidad; ello puede darse, por ejemplo, cuando el causante ostentaba tan solo una licencia de uso no transmisible, como suele ocurrir en caso de licencias para el uso de materiales protegidos por derechos de autor, como música, imágenes, software... En este sentido, puede no resultar equiparable, a efectos de "heredabilidad", una colección de libros o una biblioteca integrada por volúmenes en papel y otra de audiolibros

o *ebooks* adquiridos a través de *Amazon*; o una colección de vinilos o de CDs y otra de música descargada a través de *iTunes*.

IV. La Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña

Esta Ley –pionera en regular esta materia en el contexto plurilegislativo español– distingue según si la persona ha expresado o no sus "voluntades digitales", entendidas como las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas –"albacea digital", a modo de "albacea particular" (arts. 894 CC y 429-12.1 CCCat)– actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas (art. 411-10.1 CCCat).

Con carácter general, aunque el causante haya manifestado sus "voluntades digitales", la ley catalana se muestra totalmente respetuosa con el contenido del contrato suscrito entre el usuario fallecido y el prestador de servicios, admitiendo que puede no haber opción a la entrega de los archivos digitales. Ello contrasta con las soluciones adoptadas en Francia y en Estados Unidos. En este sentido, la Ley Modelo norteamericana de 2015 (RUFADAA), hace prevalecer la voluntad manifestada (ya sea a través de una "online tool", o bien en testamento), por encima de las condiciones generales pactadas. Por su parte, la Ley francesa

prevé que las condiciones generales de la contratación contrarias a la voluntad digital sean consideradas no escritas (art. 85.I, al final, Ley nº 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018).

Además, en cualquier caso, si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus "voluntades digitales", la persona a quien corresponde ejecutarlas ("albacea digital", heredero o albacea universal) *no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales*, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial (art. 411-10.6 CCCat). La regulación catalana se asemejaría, en este punto, *mutatis mutandi*, a lo previsto en la Sección 7 de la RUFADAA, que, en defecto de consentimiento (y siempre que el usuario o un Tribunal no lo hubiera prohibido), únicamente permite acceder al catálogo de comunicaciones, y no al contenido de los mensajes. Por su parte, la Ordenanza francesa de 2018 (art. 84.II, Ley nº 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018) –como anteriormente el art. 40-1. III de la Ley relativa a la informática de 1978, en la redacción dada al mismo por la Ley nº 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*–, en defecto de instrucciones permite a los herederos facultades muy limitadas, sólo en la medida necesaria para administrar y gestionar la herencia o para procurar que los responsables de los datos tomen en cuenta el fallecimiento.

Desde un punto de vista formal, la previsión original de que las "voluntades digitales" pudieran ordenarse, además de en los negocios jurídicos *mortis causa* que regula el Derecho catalán (testamento, codicilo y memoria testamentaria), a través del "documento de voluntades digitales" –que debía inscribirse en el "Registro electrónico de voluntades digitales"– (arts. 411-10.3 y 421-24 CCCat y Preámbulo –II, §§ 6, 7 y 9– Ley 10/2017, de 27 de junio) se ha visto afectada por la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019. Esta sentencia, en base a la competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los registros [e instrumentos] públicos (art. 149.1.8 CE), declara inconstitucional y nulo, no sólo las referencias que hacía la ley catalana a dicho Registro, sino también, con

evidente exceso, la referencia que hacían al “documento de voluntades digitales” los preceptos impugnados. Sin embargo, continúa aludiendo al “documento de voluntades digitales” el art. 411-10.4 CCCat.

V. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: los “datos de las personas fallecidas” y el llamado “testamento digital”

El uso por las personas físicas de las redes sociales y, en general, de los servicios de la sociedad de la información comporta que la información personal de éstas continúe siendo objeto de tratamiento, difusión y acceso por parte de terceros tras su muerte.

Al respecto, el art. 2.4 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, tras afirmar que “[E]ste reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas”, permitía que “personas vinculadas al fallecido” “por razones familiares o análogas”, previa acreditación del óbito, pudieran dirigirse a los prestadores de servicios solicitando, “cuando hubiere lugar a ello”, la cancelación de los datos.

Con posterioridad, la aprobación del RGPD ha llevado al legislador español a intentar adaptar su legislación a la nueva normativa comunitaria. Ahora bien, por lo que respecta a las personas fallecidas el considerando 27 del RGPD establece que “[E]l presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas”. Sin embargo, el mismo considerando 27 añade: “[L]os Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas”.

En este contexto, la LOPD, tras excluir del ámbito de aplicación de la ley el tratamiento de los datos de personas fallecidas, “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3” (art. 2.2.b LOPD), permite que *las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos* –a no ser que la persona fallecida lo hubiese prohibido

expresamente o así resulte de la ley– *o las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente* puedan solicitar el acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido (art. 3 y Preámbulo V, § 3, LOPD). Por otra parte, desde la perspectiva del acceso a los “contenidos” digitales de las personas fallecidas gestionados por terceros, y en términos muy similares a los del art. 3 LOPD, el art. 96 LOPD alude al mal llamado “testamento digital”.

Según el art. 96 LOPD, las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión; como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley

Según el art. 96 LOPD, las *personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho*, así como sus *herederos* podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su *utilización, destino o supresión*; como *excepción*, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida *lo hubiese prohibido expresamente* o así lo establezca una ley; dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto (art. 96.1.a LOPD). *También* podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los

contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones el *albacea testamentario* así como aquella *persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente* para ello (art. 96.1.b LOPD). En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse *también* por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal (art. 96.1.c LOPD); y en caso de fallecimiento de personas con discapacidad estas facultades podrán ejercerse *también* por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo (art. 96.1.d LOPD).

De acuerdo con el art. 96.2 LOPD, todas estas personas legitimadas según el art. 96.1 LOPD podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones. Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los “mandatos” (*cfr.*, sin embargo, art. 1732 Código civil español y 622-33 CCCat) e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica.

La LOPD parte, así, tanto en relación a los datos de las personas fallecidas, como a sus “contenidos” digitales, de la legitimación de acceso como regla, salvo prohibición expresa. Establece, además, una legitimación muy amplia, y a favor de un gran número de personas, entre las que, además, no prevé prelación alguna, a diferencia de lo que establecen las legislaciones francesa (art. 85, Ley nº 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés*, en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018), catalana (art. 411-10 CCCat) y portuguesa (art. 17 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto).

Permitir la intervención de tantas personas legitimadas, identificadas, además, de manera tan imprecisa e indeterminada (bastando un vínculo con el fallecido por razones familiares o de hecho), por defecto, y con facultades tan amplias, además de parecer excesivo, puede plantear problemas en la práctica.



El estado de *flow* y comercio electrónico: ¿existen diferencias en la conducta de compra de los consumidores según el dispositivo electrónico utilizado?

Agustín V. Ruiz Vega y Consuelo Riaño Gil *

I. Introducción

El presente documento se centra en el análisis de la conducta de compra de los consumidores en entornos digitales así como en las repercusiones económicas y jurídicas de dichas conductas. Por ello, se ha considerado necesario comenzar el análisis con una breve descripción de la evolución del comercio electrónico en España, centrándonos exclusivamente en el denominado B2C (compraventas en entornos digitales entre empresas y consumidores finales).

A partir de los informes anuales del Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información (en lo sucesivo ONTSI), las principales tendencias que se han detectado en la evolución del comercio electrónico en España son las siguientes:

(a) Generalización de la parte de la población que son internautas activos. Así, el número de internautas ha ido creciendo de manera progresiva: en el año 2000 el porcentaje de españoles que eran internautas sólo era el 22,5% de la población. En el año 2006 ya el 50% de la población española mayor de 14 años utilizaba internet de forma más o menos regular; este porcentaje era del 69,9% en 2012 y en 2017 ha llegado hasta el 86,4% de la población española.

(b) La proporción de internautas que realizan compras *online* ha tenido una evolución similar a la indicada en relación con el número de internautas aunque con un cierto retardo temporal. Así, en el año 2000 sólo el 12,7% de los internautas realizan a lo largo del año compras *online*, de manera más o menos frecuente. Este porcentaje ha ido creciendo de forma constante alcanzando el 27,3% en el año 2006, siendo del 50,7%

en el año 2011 y llegando hasta el 67,4% en 2017.

(c) La cifra de negocio del comercio electrónico ha ido creciendo también de forma constante. Durante el año 2007 el montante total de compras realizadas por consumidores residentes en España fue de 5.911 millones euros, cuantía que se había duplicado en 2012 (12.582 millones de euros). Durante los últimos años no sólo ha seguido aumentando la cifra de negocio total, sino que también lo ha hecho con unas tasas de crecimiento superiores al 20%: 20.745 millones euros en 2015, 25.354 millones en 2016 y 31.347 millones de euros para 2017. Por consiguiente, el comercio electrónico está aumentando su cuota de mercado a costa del comercio tradicional en entornos físicos, de forma similar a lo que ocurre en otros países de nuestro entorno.

(d) La cifra de negocios indicada en el apartado anterior es la consecuencia de una tendencia hacia la generalización de las compras en contextos digitales para el conjunto de la población, como lo muestran dos indicadores. De un lado, la compra media anual de cada internauta comprador fue en 2017 de 1.366 euros, superando la cifra de 1.198 euros del año anterior y casi duplicando el importe correspondiente a 2008 (749 euros de media por internauta). De otro lado, el número de categorías de productos diferentes que compra cada internauta a lo largo del año ha ido creciendo hasta las 4,39 categorías de promedio para 2017. Asimismo, las categorías más compradas en los mercados digitales son en la actualidad servicios turísticos y productos de moda.

(e) El perfil de los internautas compradores residentes en España se puede resumir de la siguiente forma: predominio de los compradores masculinos, con edades comprendidas entre 25 y 49 años, con estudios secundarios/superiores y residen en hábitats superiores a 100.000 habitantes. Sin embargo, este perfil varía mucho en función de la categoría de producto comprada; así, en el caso de la moda sus compradores son predominantemente mujeres, de edades entre 15 y 34 años y residentes en hábitats rurales o en poblaciones inferiores a 50.000 habitantes.

II. El estado de flujo o de *flow*

El estado de *flow* o de flujo se define como un estado mental que alcanza una persona cuando se encuentra totalmente involucrada e inmersa en una actividad debido al disfrute que la realización de esta actividad le reporta, tal como afirma el psicólogo polaco Csikszentmihalyi, pionero en su estudio (Csikszentmihalyi, M., "Play and intrinsic rewards", *Journal of humanistic psychology*, 1975, pp. 41-63). Cuando se observa la conducta de los consumidores que están visitando dominios webs de empresas para conocer sus ofertas comerciales y, en su caso, realizar compras *online*, es habitual detectar que esas personas sienten que han estado un tiempo relativamente corto navegando en internet pero una medida objetiva del tiempo contradice ese sentimiento. Ello se debe a que han experimentado el citado estado de *flow*, porque se han cumplido al menos las siguientes condiciones: un control percibido elevado de la situación por parte de los consumidores, un grado de concentración alto en la tarea que estaban realizando, un sentimiento de disfrutar o divertirse con la actividad de

* Catedrático y Profesora Titular de Comercialización e Investigación de Mercado, respectivamente (U. La Rioja). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente.

compra en el mercado digital, y un intenso grado de curiosidad por conocer en detalle las características de las ofertas comerciales de los dominios webs visitados.

Lograr que los consumidores sientan este estado de *flow* es muy aconsejable para las empresas que ofrecen sus bienes y servicios en mercados digitales dado que estudios previos han demostrado que cuanto más intenso es el estado de flujo:

1) Se reduce la sensibilidad al precio de los potenciales internautas compradores, realizan compras más impulsivas y no necesariamente adquieren el producto más barato.

2) Aumenta la valoración positiva de la experiencia de compra vivida.

Se ha realizado un estudio empírico entre internautas residentes en España mayores de 14 años que han visitado webs de distribuidores detallistas monomarca de moda. El objetivo principal del estudio ha sido analizar las causas y consecuencias del estado de flujo a fin de conocer cuáles son los aspectos claves

3) Incrementa el grado de satisfacción del internauta comprador con la visita y/o compra realizada en el sitio web (O'Casey, A. y Carlson, J., "Examining the effects of website-induced flow in professional sporting team websites", *Internet Research*, 20-2, 2010, pp. 115-134; Deng, L.; Turner, D.E.; Gehling, R. y Prince, B., "User experience, satisfaction, and continual usage intention of IT", *European Journal of Information Systems*, 19-1, 2010, pp. 60-75).

4) Mejora la actitud del consumidor hacia las tiendas virtuales visitadas (Hsu, C.L.; Chang, K.C. y Chen, M.C., "The impact of website quality on customer satisfaction and purchase intention. Perceived playfulness and perceived flow as mediators", *Information Systems and e-Business Management*, 10-4, 2012, pp. 549-570).

5) Aumenta la intención de compra futura de los internautas compradores en el sitio web que ha generado dicho estado de flujo.

6) Potencia que los consumidores vuelvan a visitar el sitio web en el futuro.

7) Intensifica la realización de recomendaciones positivas por parte de los internautas compradores, por lo que permite a las empresas captar nuevos tráficos de visitantes hacia sus sitios web.

En definitiva, por los motivos expuestos se puede concluir que la generación de estado de flujo es muy interesante para las empresas que comercializan sus productos en mercados electrónicos porque permite tanto obtener beneficios a corto plazo como mejorar a medio y largo plazo su posición competitiva en el mercado. Desde la perspectiva de los oferentes, los diseños de sitios webs que generen estado de flujo ayudan a potenciar sus negocios y a diferenciarlos de su competencia.

III. Análisis del estado de *flow* en productos de moda entre los internautas españoles

Se ha realizado un estudio empírico entre internautas residentes en España mayores de 14 años que han visitado webs de distribuidores detallistas monomarca de moda. El objetivo principal del estudio ha sido analizar las causas y consecuencias del estado de flujo a fin de conocer cuáles son los aspectos claves. Un segundo objetivo complementario ha sido analizar de forma diferenciada la conducta de los internautas compradores según su dispositivo de navegación con el objeto de conocer si existen diferencias estadísticamente significativas según el contexto de navegación y/o compra utilizado por los clientes. La muestra está formada por 300 encuestas válidas que han respondido posteriormente a un cuestionario durante 2018. Dicha información ha sido analizada mediante sistemas de ecuaciones estructurales basadas en covarianzas para responder al primero de los objetivos mencionados. El segundo objetivo ha requerido aplicar un análisis multigrupos. A continuación, se exponen

los resultados más relevantes obtenidos, obviando los informes estadísticos dado el contexto de la presente publicación.

Respecto al primero de los objetivos del estudio, la primera cuestión a responder es cuáles son los aspectos que generan estado de flujo. A la vista de los resultados de la Tabla 1, y en especial a partir de los valores de los coeficientes beta del modelo estadístico, se puede concluir: (i) la calidad estética del sitio web (CE) o apariencia visual de la interfaz del sitio web a nivel global es la principal fuente que genera *flow* entre los consumidores; (ii) el segundo factor que más flujo genera entre los internautas compradores es la calidad de los contenidos del sitio web (CC), entendida como el valor que percibe el usuario sobre los distintos recursos informativos que ofrece un sitio web; (iii) aunque de forma mucho menor, la facilidad percibida de uso del sitio web por parte de los usuarios (FU) de un determinado dominio web mientras están navegando en él, también genera estado de flujo; (iv) por último, la privacidad y seguridad percibidas del sitio web no ejerce un efecto significativo en la generación de estado de flujo.

Asimismo, también se ha detectado que la generación de estado de *flow* tiene varias consecuencias en la conducta de los internautas compradores: (a) potencia la distorsión percibida del tiempo (DT), fenómeno por el cual un individuo pierde la noción del tiempo; (b) intensifica la experiencia positiva con la visita al sitio web (EXPV), pues los internautas tienen unos sentimientos agradables en relación al sitio web visitado para recoger información y, en su caso, realizar compras *online*; (c) además, el estado de *flow* potencia significativamente tanto la intención de compra futura en el sitio web (ICF) de los productos ofertados por la empresa como su intención de recomendar positivamente dicho dominio web (IR) entre su círculo de familiares y amistades así como a través de los conocidos con los que contacta mediante dispositivos electrónicos, tales como redes sociales. Además, es llamativo que la generación de estado de flujo afecta de forma similar a todas las conductas reseñadas.



Tabla 1: Antecedentes y consecuencias del estado de flujo

Hipótesis	Coefficiente β	Estadístico T
H1: CE→FLOW	0,461	7,076***
H2: FU→FLOW	0,116	1,984**
H3: PS→FLOW	0,042	1,004
H4: CC→FLOW	0,306	5,955***
H5: FLOW→DT	0,686	20,140***
H6: FLOW→EXPV	0,755	27,196***
H7: FLOW→ICF	0,665	21,790***
H8: FLOW→IR	0,640	17,698***

Nivel de significación: *** $p < 0,1$; ** $p < 0,5$; * $p < 0,1$

Antecedentes del *flow*: CE: Calidad estética; FU: Facilidad de uso; PS: Ausencia de privacidad y seguridad; CC: Calidad del contenido

Consecuencia del *flow*: DT: Distorsión del tiempo; EXPV: Experiencia con la visita; ICF: Intención de compra futura; IR: Intención de recomendar

El segundo objetivo del estudio ha sido analizar si los resultados descritos difieren o no según el dispositivo de navegación utilizado por los internautas. La motivación de esta cuestión responde al hecho de que los internautas están diversificando los dispositivos electrónicos utilizados para acceder a los sitios webs puesto que además de utilizar los ordenadores de mesa actualmente usan otros dispositivos, tales como una web móvil o bien una app específica para teléfonos móviles. En este sentido, conviene tener presente que España lidera el ranking mundial de penetración de teléfonos inteligentes (88% de usuarios únicos), que son el dispositivo más utilizado por los españoles para acceder a la red (94,6%) y, además, está creciendo el uso del teléfono móvil para realizar compras.

A la vista de los resultados que se derivan del análisis multigrupo realizado, las conclusiones más significativas son:

a) Existen importantes diferencias respecto a las causas que generan estado de flujo según el dispositivo electrónico utilizado respecto a dos aspectos: la calidad estética del sitio web no genera significativamente estado de flujo cuando se utiliza una app, la facilidad de uso del sitio web

sólo contribuye a generar *flow* si los internautas utilizan una web móvil. Además, la calidad de los contenidos influye significativamente en la formación de estado de flujo en todos los dispositivos electrónicos. Por el contrario, la privacidad y seguridad percibidas no generan estado de *flow* en ninguno de los dispositivos analizados.

b) Las consecuencias del estado de *flow* sobre la conducta de los consumidores no varían cualitativamente respecto a lo ya expuesto para el análisis global del mercado de moda. Las únicas diferencias existentes son respecto a la intensidad de los efectos del estado de flujo sobre las respuestas conductuales de los consumidores. Así, la intención de compra futura en el sitio web son mayores cuando se utiliza un ordenador, la intención de recomendación y la distorsión del tiempo son más intensas cuando se utiliza una web móvil y, finalmente, cuando se utiliza una app es cuando el estado de flujo influye menos sobre las conductas citadas.

IV. Conclusiones finales

Los resultados expuestos permiten afirmar que, desde la perspectiva de las em-

presas que ofrecen sus bienes y servicios a través de internet, es aconsejable generar estado de *flow*, para lo cual los conceptos analizados son útiles puesto que permiten fijar directrices sobre como ajustar el diseño de los dominios webs para lograrlo. Además, para las empresas el hecho de utilizar diferentes canales de distribución en mercados digitales les permite aumentar los mecanismos de acceder a los consumidores, no solo a través de ordenadores y tabletas, también a través del teléfono móvil, tanto en su versión web como en su versión app.

Una segunda conclusión es que el estado de *flow* influye mucho más en la intención de compra cuando el internauta accede al sitio web a través de ordenador (49,8% del total) o a través de la web móvil (35,7%). Por tanto, una implicación jurídica del presente estudio es la necesidad de incrementar los mecanismos legales de defensa del consumidor de forma que sean más garantistas en aquellos contextos de compra en los que el estado de flujo podría hacer que los consumidores adoptaran sus decisiones de compra de forma más impulsiva que cognitiva.

Por último, se ha detectado que existe una paradoja de la privacidad en la conducta de los consumidores que están buscando información sobre productos y/o realizando compras en internet. De un lado, los internautas manifiestan preocupación por los usos que se dará a la información personal –tanto privada como financiera– que facilitan durante sus compras *online*. De otro lado, el nivel de protección de sus datos personales cuando están navegando es muy bajo, motivo por el cual no genera estado de flujo ni a nivel global ni en ninguno de los tres tipos de dispositivos de navegación analizados. Esta dicotomía entre la actitud de los consumidores y su conducta o comportamiento cuando están realizando compras en mercados digitales parece requerir algún tipo de respuesta legal que asegure una efectiva protección de los consumidores.